AKZESSORIETÄT UND SICHERUNGSZWECK DER BÜRGSCHAFT

EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG ZUM DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHT

Dieter Blessing

1971

AKZESSORIETÄT UND SICHERUNGSZWECK DER BÜRGSCHAFT

EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG ZUM DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHT

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors des Rechts
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Dieter Blessing
Regierungsrat, Stuttgart 1972

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23, Belgradstraße 11

Tag der Disputation: 15. November 1971

Dekan: Prof. Dr. R. Richter

Berichterstatter: Prof. Dr. B. Aubin
Prof. Dr. G. Jahr

GLIEDERUNG

		Seite
EINLEITUNG		1
ERSTER TEIL: DIE FUNKTION DER BÜRGSCHAFT		3
A.	Der Zweck der Bürgschaft	3
B.	Die Bürgschaft ist eine Schuld	5
I.	Die einfache Bürgschaft	5
a)	Bürgschaft und Schuldbeitritt	8
b)	Bürgschaft und Garantievertrag	8
II.	Die selbstschuldnerische Bürgschaft des BGB und die solidarische Bürgschaft des Code civil	12
1.	Die selbstschuldnerische Bürgschaft	13
2.	Die solidarische Bürgschaft	14
a)	Die solidarische Bürgschaft wird der Gesamtschuld angeglichen	17
b)	Die solidarische Bürgschaft bleibt Bürgschaft	20
C.	Die Abhängigkeit der Bürgschaft	25
I.	Die historische Entwicklung der Abhängigkeit der Bürgschaft	25
1.	Im römischen Recht	25
2.	Im gemeinen Recht	29
3.	Im altfranzösischen Recht	32
II.	Die Abhängigkeit der Bürgschaft nach dem Recht des BGB und des Code civil	35
1.	Die Abhängigkeit im Hinblick auf die Entstehung	37
a)	Die Gültigkeit der Hauptschuld	37
aa)	Die Hauptschuld ist nichtig	38
a1)	Nach dem Recht des BGB	38
a2)	Nach dem Recht des Code civil	38
bb)	Die Hauptschuld ist künftig oder bedingt	40

Seite

cc) Die Hauptschuld ist eine unvollkommene Verbindlichkeit 41
a1) Nach deutschem Recht 41
a2) Nach französischem Recht 43
b) Der Umfang der Bürgschaft 45

2. Die Abhängigkeit im Hinblick auf den weiteren Bestand 46
a) Der Untergang der Hauptschuld 46
aa) Zahlung oder Annahme an Zahlungs Statt 47
bb) Erlaß 48
cc) Novation 49
dd) Konfusion 50
ee) Aufrechnung 50
ff) Der zugeschobene Eid nach Art. 1357 C. civ. 52
b) Der Hauptschuld steht eine Einrede entgegen 52
aa) Stundung 53
bb) Verjährung 54
cc) Rechtskraft 55
dd) Die Einreden nach § 770 Abs. 1 und 2 BGB 56

3. Zusammenfassung 57

ZWEITER TEIL: DIE EINSCHRÄNKUNGEN DER ABHÄNGIGKEIT 58

A. In der Gesetzgebung 59

I. Die Motive zum BGB und die Vorbereitenden Arbeiten zum Code civil 59

1. Die deutschen Protokolle 59

2. Die vorbereitenden Arbeiten 61

II. Das BGB und der Code civil 61

1. Das BGB 61
a) § 222 Abs. 2 i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB 61
b) § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB 62

Seite

2. Der Code vivil 63
   a) Die Inventareinrede 63
   b) Art. 2012 Abs. 2 i. V. m. Art. 2036 Abs. 2 C. civ. 64

III. Die Konkurs- und Vergleichsordnung und das Gesetz vom 13. 7. 1967 65

1. Die §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO 65

2. Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 73

IV. Die Gesetzgebung nach den beiden Weltkriegen 77

1. Die Abhängigkeit wird bestätigt 77
   a) Die deutsche Gesetzgebung 77
      aa) § 35 des Schuldenregelungsgesetzes vom 1. 6. 1933 77
      bb) § 4 der Vertragshilfeverordnung vom 30. 11. 1939 i. V. m. der Ausführungsverordnung vom 23. 9. 1940 80
   b) Die französische Gesetzgebung 81
      aa) Art. 21 des Gesetzes vom 9. 3. 1918 82
      bb) Art. 6 des Gesetzes vom 29. 6. 1935 82
      cc) Art. 1 Abs. 9 des Gesetzes vom 12. 7. 1937 83
      dd) Art. 4 der Verordnung vom 26. 8. 1937 und Art. 10 der Verordnung vom 31. 8. 1937 84
      ee) Art. 13 der Notverordnung vom 26. 9. 1939, Art. 17 der Notverordnung vom 2. 6. 1940 und Art. 5 des Gesetzes vom 26. 2. 1941 85

2. Die Abhängigkeit wird eingeschränkt 86
   a) Die deutsche Gesetzgebung 86
      aa) § 8 Abs. 1 des Schuldenbereinigungsgesetzes vom 17. 8. 1939 in der Neufassung vom 3. 9. 1940 86
      bb) § 2 Abs. 3 der Badeortsvertragshilfeverordnung vom 2. 4. 1940 89
      cc) § 5 Abs. 2 des Rembourgesetzes vom 20. 8. 1953 90
   b) Die französische Gesetzgebung 92

Seite

B. In der Rechtsprechung 93

I. Die deutsche Rechtsprechung 93

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG) im Zusammenhang mit der Aufwertung 93

2. Die Rechtsprechung des RG und des Bundesgerichtshofs (BGH) im Zusammenhang mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage 97

3. Die Rechtsprechung des BGH im Zusammenhang mit dem Vertragshilfegesetz vom 26. 3. 1852 102

4. Die Rechtsprechung des Kammergerichts im Zusammenhang mit dem Bundesvertriebenengesetz vom 19. 5. 1953 i.d.F. vom 23. 10. 1961 109

II. Die französische Rechtsprechung 112

1. Die Rechtsprechung der Appelationsgerichte im Zusammenhang mit dem Moratorium auf Grund des Gesetzes vom 5. 8. 1914 112

2. Die Rechtsprechung des Kassationshofs im Zusammenhang mit dem délai de grâce auf Grund des Gesetzes vom 12. 1. 1921 114

C. In der Literatur 120

I. Die deutsche Literatur 120

1. Die Abhängigkeit wird bestätigt 120

2. Die Abhängigkeit wird eingeschränkt 124

II. Die französische Literatur 131

1. Die Abhängigkeit wird bestätigt 132

2. Die Abhängigkeit wird eingeschränkt 133

SCHLUSSBETRACHTUNG 137

ABKÜRZUNGEN (nach dem "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache", 2. Aufl., bearb. v. Kirchner, Berlin 1968, soweit dort enthalten)

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
Allg.	Allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
Ann. D.C.	Annales de Droit Commercial
Art.	Artikel (article)
Aufl.	Auflage
AufwG	Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen (Aufwertungsgesetz) vom 16.7.1925 (RGBl. 1925, I, 117)
AufwRspr	Rechtsprechung in Aufwertungssachen, hrsg. v. Ring und Harmening (Jahr, Seite)
AVO	Ausführungsverordnung vom 23.9.1940 (DJ 1940, 1085)
BadeVHVO	Verordnung über die Vertragshilfe des Richters zu Gunsten von Gaststätten und Beherbergungsbetrieben in sudetendeutschen Badeorten vom 2.4.1940 (RGBl. 1940, I, 578)
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
bearb.	bearbeitet
Betrieb	Der Betrieb (Jahr, Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. 1896, 195) i.d.F. vom 4.11.1971
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Jahr, Band, Seite)

BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Loseblattsammlung), hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u. a.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) vom 19. 5. 1953 (BGBl. 1953, I, 201), i. d. F. vom 23. 10. 1961 (BGBl. 1961, I, 1883)
Cass.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil, nach der letzten offiziellen Ausgabe vom 30. 8. 1816 i. d. F. von 1970-71
C. com.	Code de commerce, nach der letzten offiziellen Ausgabe vom 31. 1. 1841 i. d. F. von 1970-71
CE	Conseil d'Etat
Chr.	Chronique
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Arrêt de la chambre civile, section commerciale et financière, de la Cour de cassation
D.	Dalloz, Jurisprudence générale (Recueil Dalloz) (Jahr, Teil, Seite)
D. A.	Recueil analytique Dalloz (Jahr, Seite)
DGemeinWiR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
D. H.	Recueil hebdomadaire Dalloz (Jahr, Seite)
DJ	Deutsche Justiz (Jahr, Seite)
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
D. P.	Recueil périodique et critique Dalloz (Jahr, Teil, Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)

DRpfl	Der deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (Jahr, Seite)
EheG	Ehegesetz vom 20. 2. 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland v. 1946, S. 77)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
erl.	erläutert
ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
Forts.	Fortsetzung
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Jahr, Teil, Seite)
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts begründet von Gruchot (Band, Seite)
HEZ	Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen (Band, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (RGBl. 1897, I, 219) i. d. F. vom 28. 8. 1969
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
hrsg.	herausgegeben
i. d. F.	in der Fassung
i. V. m.	in Verbindung mit
JherJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts (Band, Seite), ab 1897 Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
J.	Jurisprudence
J. C. P. (I. C. P.)	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) (Jahr, Nummer)

JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
Jur. gén.	Répertoire alphabétique Dalloz
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Komm.	Kommentar
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung vom 10. 2. 1877 (RGBl. 1877, I, 351), i. d. F. vom 20. 5. 1898 (RGBl. 1898, I, 612) bzw. vom 27. 6. 1970
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone in Zivilsachen (Band, Seite)
OLG	Oberlandesgericht
Rap. not.	Rapport notariat (Jahr, Seite)
RcLJ	Revue critique de législation et jurisprudence (Band, Seite)
Recht	Das Recht, begründet von Soergel (Jahr und Nummer bei Entscheidungen, Jahr und Seite bei Aufsätzen)
RembG	Gesetz über die innerdeutsche Regelung von Vorkriegsrembourseverbindlichkeiten vom 20. 8. 1953 (BGBl. 1953, I, 999)
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
RGBl.	Reichsgesetzblatt (Jahr, Band, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)

RtDC	Revue trimestrielle du Droit commercial (Jahr, Seite)
Rziff.	Randziffer
S.	J. B. Sirey, Recueil général des lois et des arrêts (Recueil Sirey) (Jahr, Teil, Seite)
S.	Seite
SchuldBerG	Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden vom 17. 8. 1938 (RGBl. 1938, I, 1033), i. d. F. vom 3. 9. 1940 (RGBl. 1940, I, 1209)
SchuldRegelG	Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse (Schuldenbereinigungsgesetz) vom 1. 6. 1933 (RGBl. 1933, I, 331)
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
Trib.	Tribunal
u. a.	und andere
UG	3. Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Umstellungsgesetz) vom 20. 6. 1948 (WiGBl. Beilage 5, Seite 13)
v.	von
Vbem.	Vorbemerkung
VerglO	Vergleichsordnung vom 25. 2. 1935 (RGBl. 1935, I, 198)
VHG	Gesetz über die richterliche Vertragshilfe (Vertragshilfegesetz) vom 26. 3. 1952 (BGBl. 1952, I, 198)
VHV	Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlaß des Krieges (Vertragshilfeverordnung) vom 30. 11. 1939 (RGBl. 1939, I, 2329)
WarnRspr	Rechtsprechung des Reichsgerichts, hrsg. v. Warneyer (Jahr, Nummer)

WiGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung der vereinigten Wirtschaftsgebiete
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
z.	zum
ZAIP	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet v. Rabel, ab 1953 zitiert RabelsZ (Jahr, Seite)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet v. Goldschmidt (Jahr, Seite)
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Jahr, Seite)

LITERATUR

Deutsche Literatur

Bauer-Mengelberg	Bürgschaft, Schuldbeitritt und Garantievertrag, Rechtsfragen der Praxis, Band 35, Berlin 1930
Baur	Die gegenwärtige Lage des Insolvenzrechts, JZ 1951, 209
Baur	Die Rechtsprechung des BGH in Zivilsachen, JZ 1953, 30
Beitzke	Bürgschaft für totalenteignete Handelsgesellschaften, NJW 1952, 841
Bergenroth	Vermögensübernahme nach § 419 BGB und Vertragshilfe, NJW 1953, 171
Bettermann	Akzessorietät und Sicherungszweck, NJW 1953, 1817
Beyerle	Der Ursprung der Bürgschaft. Ein Deutungsversuch vom germanischen Recht her, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung, Band 47, S. 567
Bley	Vergleichsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1955
Böhle-Stamschräder	Konkursordnung, Kommentar, 9. Aufl., München und Berlin 1969
Böhle-Stamschräder	Vergleichsordnung, Kommentar, 8. Aufl., München und Berlin 1968
Boehmer	Die Einwirkung des zweiten Weltkriegs, der Nachkriegszeit und der Währungsreform auf privatrechtliche Verhältnisse, 8. Beiheft zur Deutschen Rechtszeitschrift, Tübingen 1949
Bönner	Grenzen der Akzessorietät der Bürgschaft, Dissertation Köln, 1958

Breithaupt	Das Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden, JW 1938, 2441
Coing	Bürgschaftsschuld und Leistungsverweigerungsrecht aus § 21 Abs. 4 UG, NJW 1951, 384
Crome	System des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902
Dernburg	Pandekten, 2. Band, Obligationenrecht, 7. Aufl., Berlin 1903 (Zitierweise: Dernburg, Pandekten)
Dernburg	Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des deutschen Reichs und Preußens, 2. Abteilung: Einzelne Obligationen, bearb. v. Raape, 4. Aufl., Halle 1915
Duden-Rowedder	Das Vertragshilfegesetz, Kommentar, München und Berlin 1952
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, Kommentar, IV. Band, §§ 343-372 HGB, erl. v. Breit, Hoeniger und Werner, 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932 (Zitierweise: Düringer-Hachenburg-Werner)
Ebbecke	Zusicherung, Recht 1911, 817
Ehlers	Die Altschulden der Vertriebenen und der Flüchtlinge aus der Sowjetzone im BVFG, BB 1953, 340
Ehrenforth	Das Bundesvertriebenengesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1959
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960

Erman	Handkommentar zum BGB, in zwei Bänden, bearb. v. Arndt, Wagner u.a., 1. Band, 4. Aufl., Münster 1967 (Zitierweise: Erman-plus Bearbeiter)
Esser	Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1960 (Zitierweise: Esser, 2. Aufl.)
Esser	Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 4. Aufl., Karlsruhe 1970 (Zitierweise: Esser I)
Esser	Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Lehrbuch, 4. Aufl., Karlsruhe 1970 (Zitierweise: Esser II)
Fenge	Rechtskrafterstreckung und Streitgenossenschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen, NJW 1971, 1920
Ferid	Das französische Zivilrecht, I. Band, Frankfurt und Berlin 1971
Fischer	Der Mitverpflichtete nach dem Gesetz über eine Bereinigung alter Schulden vom 17. 8. 1938, JW 1938, 3285
Flume	Studien zur Akzessorietät der römischen Bürg- schaftsstipulation, Weimar 1932
Gadow	Bürgschaft und Zahlungssperre, DGemeinWiR 1936, 465
Geib	Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, Tübingen 1894
Gerken	Um den Kern der richterlichen Vertragshilfe, MDR 1950, 72
Gerken-Vogel	Die Schuldenbereinigung, 2. Aufl., Berlin 1941

Gierke	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Privatrecht, Leipzig 1889 (Zitierweise: Gierke, Entwurf)
Gierke	Deutsches Privatrecht, Dritter Band, Schuldrecht, München und Leipzig 1917
Girtanner	Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte Jena 1850
Godin, von	Handelsgesetzbuch, Kommentar, früher hrsg. v. Mitgliedern des Reichsgerichts, Dritter Band (§§ 343-372 HGB), bearb. v. von Godin und Ratz 2. Aufl., Berlin 1963 (Zitierweise: v. Godin in RGRKomm. z. HGB)
Haegele	Zum neuen Vertragshilfegesetz vom 26. 3. 1952, DRpfl. 1952, 218
Hasenbalg	Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1870
Heck	Grundriß des Schuldrechts, Lehrbuch, Tübingen 1929 (Zitierweise: Heck, Schuldrecht)
Heck	Grundriß des Sachenrechts, Lehrbuch, Tübingen 1930 (Zitierweise: Heck, Sachenrecht)
Henning-Künne	Die Bereinigung alter Schulden, Berlin 1941
Hollburg	Die rechtliche Stellung des Bürgen im Konkurs des Hauptschuldners, Dissertation Erlangen, 1922
Jaeger	Konkursrecht, Kommentar, 1. Band (§§ 1-70 KO), bearb. v. Lent u. a., 8. Aufl., Berlin 1958 (Zitierweise: Jaeger-Lent)

Jaeger	Konkursordnung, Kommentar, 2. Band (§§ 71-244 KO), 4. Lieferung: §§ 149-206 KO, bearb. v. Weber, 8. Aufl., Berlin 1964 (Zitierweise: Jaeger-Weber)
Jauernig	Die Einreden der unzulässigen Rechtsausübung, insbesondere der Verwirkungseinwand in der Rechts- und Schuldnachfolge und gegenüber Dritten, Dissertation Frankfurt, 1953
Jauernig	Vertragshilfe, Wegfall der Geschäftsgrundlage und Bürgschaft, NJW 1953, 1207
Jörs-Kunkel	Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1949
Isay	Schuldverhältnisse und Haftungsverhältnisse im heutigen Recht, JherJb 48, 187
Karger	Schwierigkeiten für Aufwertungsentscheidungen, LZ 1925, 363
Kegel-Rupp-Zweigert	Die Einwirkungen des Kriegs auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten, Berlin 1941
Kemnitz	Schuldnernotstand und Vertragshilfe, Betrieb 1953, 749
Kopp, von	Das Bundesvertriebenengesetz, Kommentar, Aschendorffs Juristische Handbücherei, Band 57, Münster 1957
Klingmüller	Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, Berlin 1905
Krawielicki	Grundlagen des Bereicherungsrechts, Breslau 1936

Kreß	Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München und Berlin 1934
Krüger und Mommsen	Corpus Juris civiles Band I: Institutiones et Digestae, Berlin 1954
Krusch	Das Wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses, Mannheim-Berlin-Leipzig 1933
Landsberg	Das Recht des BGB, I. Band, Berlin 1904
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1968 (Zitierweise: Larenz I)
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, Besonderer Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1968 (Zitierweise: Larenz II)
Lenz	Bürgschaft und Aufwertung, JW 1926, 1781
Leonhard	Besonderes Schuldrecht des BGB, II. Band, München und Leipzig 1931
Letzgus	Die Bürgschaft, ZAIP 1929, 837
Levy	Sponsio, fidepromissio, fideiussio, Berlin 1907
Lippmann	Das BGB über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld, AcP 111, 135
Lucas	Die neue Vergleichsordnung, Berlin 1927
Lübtow, von	Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, I. Band, Berlin 1956

Mathieu	Das Vertragshilfeverfahren als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotZ 1953, 371
Mathieu	Die richterliche Vertragshilfe im Rahmen des BVFG, Betrieb 1953, 753
Mentzel-Kuhn	Konkursordnung, Kommentar, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1962
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1896
Mügel	Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl., Berlin 1927
Nippel	Erläuterungen des ABGB, Band VIII, Grätz 1835
Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, zweite Abteilung: §§ 433-853 BGB, 5. Aufl., Berlin 1919
Onursal	Der Einfluß von Devisenmaßnahmen bezüglich der Hauptschuld auf die Bürgschaft, Dissertation Freiburg, 1961
Pagenstecher	Pandekten-Praktikum, Heidelberg 1860
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, bearb. v. Danckelmann, Thomas u. a., 28. Aufl., München 1969 (Zitierweise: Palandt-plus Bearbeiter)
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Strohal, bearb. v. André, Siber u. a., II. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), §§ 241-432 BGB, 4. Aufl., Berlin 1914 (Zitierweise: Planck-Siber)

Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Strohal, bearb. v. Brodmann, Oegg u. a., II. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), §§ 433-853 BGB, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928 (Zitierweise: Planck-Oegg)
Protokolle	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898
Quassowski	Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen, 4. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig, 1926
Rappaport	Einreden aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904
Rehbein und Reincke	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten mit Erläuterungen, Zweiter Band (Teil I, Titel 12-23) 5. Aufl., Berlin 1894
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. v. Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Band, 2. Teil, §§ 705-853 BGB, bearb. v. Fischer u. a., 11. Aufl., Berlin 1960 (Zitierweise: BGB-RGRK-Fischer)
Reichel	Die Schuldmitübernahme, München 1909
Reimer	Stundung einer durch Bürgschaft gesicherten Schuld, JW 1926, 708
Reinicke, G. und D.	Vertragshilfe und Bürgschaft, MDR 1952, 708
Rieck	Die Bürgschaft in der Rechtsprechung des RG (Amtliche Sammlung Band 1-137), Dissertation Köln, 1933

Riehl	Das ABGB, erläutert durch die Spruchpraxis des K. K. obersten Gerichtshofs bis 1879, hrsg. v. Riehl, Wien 1879
Roth	Aufwertung und Bürgschaftsforderung, JR 1925, 78
Saage	Das Vertragshilfegesetz vom 26. 3. 1952, Berlin und Frankfurt 1952 (Zitierweise: Saage, VHG)
Saage	Das neue Vertragshilfegesetz, MDR 1952, 257
Saage	Vertragshilfe zu Gunsten leistungsfähiger Schuldner, Betrieb 1953, 120
Saage	Schuldenregelung für Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge (§§ 82-89 des Bundesvertriebenengesetzes), Berlin und Frankfurt, 1953 (Zitierweise: Saage, BVFG)
Saage	Zu den §§ 82 ff. BVFG, JR 1954, 15
Saage	Nochmals: Zum Bundesvertriebenengesetz, JR 1954, 295
Schemmel	Ausgewählte Probleme zur akzessorischen Natur der Bürgschaft unter besonderer Berücksichtigung des Vertragshilfegesetzes vom 26. 3. 1952, Dissertation Hamburg, 1956
Schilling	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen, SJZ 1948, 79
Schlegelberger-Harmening	Das Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1925, 5. Aufl., Berlin 1927
Schmidt	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953

Schmitz-Morkramer	Vertragshilfeverfahren und Bürgschaft, ZGKW 1950, 517
Schmitz-Morkramer	Entwertete Bürgschaft, ZGKW 1952, 469
Schönig	Bürgschaft und Aufwertung, Dissertation Heidelberg, 1928
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Lehrbuch, 7. Aufl., Karlsruhe 1963
Schollmeyer	Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Hälfte, Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse, München 1900
Schreiber	Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, 1. Band, Leipzig 1914
Schwerin, von	Schuld und Haftung, München und Berlin 1911
Schütz	Zum Bürgschaftsrecht, ZAkDR 1938, 155
Schwarz	Garantievertrag und Bürgschaft, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, 3. Band, S. 593, Berlin 1931
Siber	Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschen Reichsrecht, Leipzig 1903
Siber	Zur Theorie von Schuld und Haftung, JherJb 50, 55
Sintenis	Das Praktische Gemeine Zivilrecht, 2. Aufl., Leipzig 1861
Sittler	Haftung des Bürgen bei Wegfall der Hauptschuld, insbesondere bei Auflösung von Gesellschaften, Dissertation Münster, 1941

Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, neu hrsg. v. Siebert, bearb. v. Abraham u. a., Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-610 BGB), wissenschaftliche Redaktion Schmidt, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 (Zitierweise: Soergel-plus Bearbeiter)
Soergel	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, neu hrsg. v. Siebert, bearb. v. Abraham, Schmidt u. a., Band 3, Schuldrecht II (§§ 611-853 BGB), wissenschaftliche Redaktion Mühl, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969 (Zitierweise: Soergel-plus Bearbeiter)
Solheid	Der Einfluß der ostzonalen Enteignungen auf den Bestand von Schuldverhältnissen zwischen den von diesen Maßnahmen betroffenen Schuldnern und deren westdeutschen Gläubigern, Dissertation Hamburg, 1956
Stammler	Der Garantievertrag, AcP 69, 1
Stammler	Einreden aus dem Recht eines Dritten, Halle 1900
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Band (§§ 343-375 HGB), bearb. v. Gadow und Heinichen, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1933 (Zitierweise: Staub-Gadow)
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, §§ 241-245 BGB, erl. v. Weber, 10. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1936 (Zitierweise: Staudinger-Weber, 10. Aufl.)
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, Allgemeiner Teil, erl. von Brändl und Coing, 11. Aufl., Berlin 1957 (Zitierweise: Staudinger-plus Bearbeiter)

Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1a, §§ 241, 243-248 BGB, erl. v. Weber, 11. Aufl., Berlin 1967 (Zitierweise: Staudinger-Weber)
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b, § 242 BGB, erl. v. Weber, 11. Aufl., Berlin 1961 (Zitierweise: Staudinger-Weber)
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, §§ 611-704 BGB, erl. v. Nipperdey u. a., 11. Aufl., Berlin 1958 (Zitierweise: Staudinger-plus Bearbeiter)
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 4. Teil, Lieferung 2, §§ 741-779 BGB, erl. v. Vogel und Brändl, 11. Aufl., Berlin 1959 (Zitierweise: Staudinger-Brändl)
Stillschweig	Die der Hypothekenverordnung vom 8. 6. 1916 unterworfenen Rechtsverhältnisse, JW 1916, 1067
Strassmann-Nitsche	Das Bundesvertriebenengesetz, Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1958
Strubbe	Die innerdeutsche Regelung für Vorkriegs-remboursverbindlichkeiten, BB 1953, 723
Stüben	Die Auswirkungen der im Hauptschuldverhältnis eintretenden richterlichen Vertragshilfe und Erschütterung der Geschäftsgrundlage auf die Verpflichtung des Bürgen, Dissertation Hamburg, 1954

Süß	Schuld ohne Schuldner und Bürgschaft für haftungsfreie Schulden, ZAkDR 1937, 335
Tuhr, von	Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, 2. Hälfte, Berlin 1917
Turley	Die Akzessorietät der Bürgschaft im Recht des Code civil unter vergleichender Darstellung des deutschen Rechts, Dissertation Halle, 1931
Veith	Der Einfluß der ostzonalen Enteignung auf die Bürgschaft, MDR 1951, 258
Veith	Der Bürge in der Feindvermögensgesetzgebung, ZGKW 1951, 315
Vogels	Die Neufassung des Schuldenbereinigungsgesetzes, DJ 1940, 1025
Vogels-Nölte	Kommentar zur Vergleichsordnung, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt, 1952
Volkmar	Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlaß des Krieges vom 30.11.1939, DJ 1939, 1813 und 1856
Weber	Grundpfandrecht, persönliche Forderung und Bürgschaft bei Trümmergrundstücken, DRZ 1949, 145
Werber-Bode-Ehrenforth	Bundesvertriebenengesetz, Kommentar, Stuttgart und Köln 1954
Wessel	Das Verfahren des Entschuldungsamts bei Entscheidungen nach Art. 2 und 7 der Mitschuldnerverordnung und seine Bedeutung für die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte, DJ 1938, 891
Westerkamp	Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 1908

Windscheid-Kipp	Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 9. Aufl., Frankfurt 1906
Zeiler	Kommentar zum ABGB, Band IV, Wien und Triest 1813

Anmerkungen

Beitzke	zu BGH JZ 1960, 89
Emmerich	zu RG JW 1932, 341
Herschel	zu DR 1940, 863
Köhler	zu OLG Hamburg NJW 1953, 1924
Kubisch	zu KG NJW 1956, 1481 in NJW 1956, 1924
Levy	zu RG JW 1923, 1924
Schneider	zu RG JW 1935, 2615

Französische Literatur

Argenson-Toujas	Règlement judiciaire et faillite, avec la collaboration de Dutheil, 3. Aufl., Paris 1963
Aubin	De la formation et de l'extinction du cautionnement au droit romain et au droit français, Thèse Toulouse, 1874
Aubry et Rau	Cours de droit civil français, Band IV par Bartin, 6. Aufl., Paris (Zitierweise: Aubry et Rau IV)
Aubry et Rau	Cours de Droit civil français, Band VI par Esmein, 6. Aufl., Paris 1951 (Zitierweise: Aubry et Rau VI)

Battifol	La théorie des coobligés en état des faillite, Ann. D. C. 40, 123 und 218
Baudry-Lacantinerie et Wahl	Traité théorique et pratique du Droit Civil, Band XXIV: Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction, 3. Aufl., Paris 1907
Beudant et Lerebours-Pigeonnière	Cours de Droit civil français, Band VIII: Les contrats et les obligations, avec la collaboration de Lagarde, 2. Aufl., Paris 1936 (Zitierweise: Beudant et Lerebours-Pigeonnière VIII)
Beudant et Lerebours-Pigeonnière	Cours de Droit civil français, Band IX: Les contrats et les obligations avec la collaboration de Lagarde et Perrot, 2. Aufl., Paris 1953 (Zitierweise: Beudant et Lerebours-Pigeonnière IX)
Beudant et Lerebours-Pigeonnière	Cours de Droit civil français, Band XIII: Les sûretés personnelles et réelles, avec la collaboration de Voirin, 2. Aufl., Paris 1948 (Zitierweise: Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII)
Boulanger	La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, Paris 1933
Bourjon	Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris, Band II, Paris 1770
Carbonnier	Droit Civil, Band I: Introduction, les personnes, 8. Aufl., Paris 1969 (Zitierweise: Carbonnier I)
Carbonnier	Droit civil, Band IV: Les obligations, 6. Aufl., Paris 1969 (Zitierweise: Carbonnier IV)

Carbonnier	Théorie des obligations, Paris 1963 (Zitierweise: Carbonnier, théorie)
Chorier	La Jurisprudence de Guy Pape, Lyon 1692
Colin-Capitant-Morandière	Cours Elémentaire de Droit Civil Français, Band II, 10. Aufl., Paris 1953
Colin-Capitant	Traité de Droit Civil, Band II, refondu par Morandière, Paris 1959
Dalloz	Nouveau Code Civil, Band IV, 2. Teil (Art. 2011-2082 C. civ.), publié sous la direction de Griolet et Vergé, Paris 1907 (Zitierweise: Dalloz, Nouveau Code Civil)
Dalloz	Répertoire de Droit Civil, publié sous la direction de Vergé et Ripert, Band I, Paris 1951 (Zitierweise: Dalloz I) Band II, Paris 1952 (Zitierweise: Dalloz II) Band III, Paris 1953 (Zitierweise: Dalloz III) Dalloz IV, Paris 1954 (Zitierweise: Dalloz IV) Dalloz V, Paris 1955 (Zitierweise: Dalloz V)
Dalloz	Nouveau Répertoire de Droit, Band I, publié sous la direction de Vergé et Hamel, Paris 1962 (Zitierweise: Dalloz, Nouveau Répertoire)
Dalloz	Répertoire de Droit Civil, mise à jour, Paris 1967 (Zitierweise: Dalloz, mise à jour)

David	Le Droit Francais, Band II, Paris 1960
Delvincourt	Cours de Droit Civil, Band III, Dijon et Paris 1834
Deveau	Le délai de grâce dans les codes civils et la législation contemporaine, Thèse Paris, 1937
Duperier	Oeuvres, Band I, Avignon 1759
Duranton	Cours de Droit francais suivant le Code civil, Band XVIII, Paris 1834
Escarra	Cours de Droit Commercial, Neue Ausgabe, Paris 1952
Ferrière	Dictionnaire de Droit et de Pratique, Band I, Paris, 1755
Fournier	La caution solidaire, RcLJ XV, 695 und XVI, 40
Fuzier-Herman	Code Civil Annoté, Band VI (Art. 1708-2091 C. civ.) Paris 1949
Gaudemet	Théorie générale des obligations, Paris 1965
Guillouard	Traités du Cautionnement et des Transactions (Art. 2011-2058 C. civ.) Paris 1894
Gross	La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris 1964
Hamel-Lagarde et Jauffret	Traité de Droit Commercial, Band II, Paris 1966
Hervé	Cautionnement, Solidarité, Indivisibilité, Thèse Bordeaux 1940

Huc	Commentaire théorique et publique du Code civil, Band VII, Art. 1101-1233 C. civ., Paris 1894
Huc	Commentaire théorique et publique du Code civil, Band XII, Art. 1894-2091 C. civ., Paris 1899
Josserand	Cours de Droit Civil Positiv Français, Band II: Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés, 3. Aufl., Paris 1939
Josserand	Un ordre juridique nouveau, D.H. 1937, Chronique, S. 41
Juris-Classeur	Civil, Art. 1156-1264 C. civ., Paris 1960
Juris-Classeur	Civil, Art. 1896-2091 C. civ., Paris 1961
Laurent	Principes de Droit Civil Français, Band XVII, 2. Aufl., Brüssel 1876
Laurent	Principes de Droit Civil Français, Band XXVIII, 2. Aufl., Brüssel 1877
Le Balle	Cours de Droit Civil, Paris 1964-1965
Le Gall	L'obligation de garantie dans le louage des choses, Paris 1962
Lenfant	Le domaine du cautionnement en droit commercial, Thése Paris, 1959

Locré	La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des codes français, Band XV, Paris 1828
Lorans	Le délai de grâce et l'aménagement des dettes, Thèse Bordeaux, 1940
Lyon-Caen et Renault	Traité de Droit Commercial, Band VII, 5. Aufl., Paris 1934
Macqueron	Droit romain, Band II, les obligations, 4. Aufl., Aix-En-Provence 1955 (Zitierweise: Macqueron, Droit romain)
Macqueron	Le cautionnement, Cours de Pandectes, Aix-En-Provence 1951-1952
Marty	La caution solidaire bénéficietelle des délais octroyé au débiteur principal? AtDC 1939, 783
Marty-Raynaud	Droit Civil, Band II, 1er Volume, Les obligations, Paris 1962
Mazeaud, Henri, Léon et Jean	Lecons de Droit Civil, Band I: L'introduction à l'étude du droit, 4. Aufl., Paris 1967 (Zitierweise: Mazeaud I)
Mazeaud, Henri, Léon et Jean	Band II, Obligations, Biens, 3. Aufl., Paris 1966 (Zitierweise: Mazeaud II)
Mazeaud, Henri, Léon et Jean	Band III: Sûrétes, Publicité Foncière, Principaux Contrats, 2. Aufl., Paris 1963 (Zitierweise: Mazeaud III)

Mazeaud, Henri, Léon et Jean	Band IV: Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités, 2. Aufl., Paris 1966 (Zitierweise: Mazeaud IV)
Mazeaud, Henri	Nouveau Guide des Exercises Pratiques, Droit Civil, 3e année, Paris 1957 (Zitierweise: Mazeaud, Nouveau Guide)
Mazeaud, Léon	Cours de Droit Commercial, Paris 1958 - 59 (Zitierweise: L. Mazeaud)
Miloae	Etude sur le terme de grâce en Droit comparé, Thèse Paris 1932
Morandière	Droit Civil, Band II, 3. Aufl., Paris 1964
Morandière	Droit Civil, Band II, 3. Aufl., Paris 1964
Morandière	Droit Civil, Band III, 2. Aufl., Paris 1965
Morandière-Rodière	Droit commercial et Droit fiscal, Band II, Paris 1968
Nigoul	Du cas particulier d'extinction du cautionnement, prévu par l'article 2037 du Code civil, Thèse Toulouse, 1897
Pausier	Le délai de grâce, Thése Montpellier, 1932
Percerou	Des Faillites et Banqueroutes et des Liquidations Judiciaires, Band II, 2. Aufl., Paris 1937

Planiol	Traité Elémentaire de Droit Civil, révu et complété par Ripert avec la collaboration de Boulanger, Band II, 3. Aufl., Paris 1949
Planiol-Ripert	Traité Pratique de Droit Civil Français, Band VI: Obligations, 1. Teil, par Esmein, 2. Aufl., Paris 1952 (Zitierweise: Planiol-Ripert VI)
Planiol-Ripert	Traité Pratique de Droit Civil Français, Band VII: Obligations, 2. Teil, avec le concours d'Esmein, Radount et Gabolda, 2. Aufl., Paris 1954 (Zitierweise: Planiol-Ripert VII)
Planiol-Ripert	Traité Pratique de Droit Civil Français, Band XI, Contrats Civils, 2. Teil, par Rouast, Sevatier, Lepargneur et Besson, 2. Aufl., Paris 1954 (Zitierweise: Planiol-Ripert XI)
Ponsot	Traité du Cautionnement en matière civile et commerciale, Paris-Dijon 1844
Pont	Des Petits Contrats, Band II, Paris 1867
Pothier	Traités des obligations, Band I, 2. Teil: Des différentes espèces d'obligations, Paris-Orléans 1768
Rieg	Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et droit allemand, Paris 1961
Ripert	La règle morale dans les obligations civiles, 4. Auflage, Paris 1949 (Zitierweise: Ripert, La règle morale)

Ripert	Le droit de ne pas payer ses dettes, D.H. 1936, Chronique, S. 67
Ripert	La régime démocratique et le droit civil nouveau, Paris 1936
Ripert	Traité Elémentaire de Droit Commercial, Band II, par Roblot, 5. Aufl., Paris 1964 (Zitierweise: Ripert II)
Ripert-Boulanger	Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol, Band II: Obligations. Droits réels, Paris 1957 (Zitierweise: Ripert-Boulanger II)
Ripert-Boulanger	Traité de Droit Civil d'aprés le traité de Planiol, Band IV: Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités Paris 1958 (Zitierweise: Ripert-Boulanger IV)
Rouault	Le Moratoire de Mobilières, Thèse Paris, 1940
Santerre	Cours analytiques du Code civil, Band VIII, Paris 1884
Savatier	Cours de Droit Civil, Band II, Paris 1944 (Zitierweise: Savatier II)
Savatier	La théorie des obligations, vision juridique et économique, Paris 1967
Sigalas	Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire, Thèse Aix-En-Provence, 1959

Texier	Le délai de grâce, Thèse Paris, 1938
Thaller	Les cautions solidaires (donneur d'aval) sont-elles assimilables aux débiteurs solidaires? RcLJ 1883, 365
Thaller	Traité Elémentaire de Droit Commercial, par Percerou, 8. Aufl., Paris 1931
Thisse	Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité, Thèse Montpellier, 1895
Troplong	Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code civil, Band XVII: Du cautionnement et des transactions, Commentaires, Paris 1846
Wattiez	Le cautionnement bancaire. Le rôle des banques et des établissements financiers, Bibliothèque de droit commercial, Band 9, Paris 1964

Berichte (rapports)

Dumas	rapport zu Req. S. 1939,1,161
Lepelletier	rapport zu Req. D. 1882,1,441

Anmerkungen (notes)

Aubry	zu Req. D. 1882,1,441
Bernard	zu Req. S. 1905,1,185
Bertauld	zu Caen, D. 1868,2,97
Donnedieu de Vabres	zu Toulouse, D. 1913,2,65
Esmein	zu Civ. S. 1897,1,225

Gavalda	zu Cass. com. J.C.P. 1962,1,12438
Holleaux	zu Req. D. 1931,1,73
Labbé	zu Civ. S. 1887,1,5
Levillain	zu Civ. D. 1902,1,417
Lyon-Caen	zu Req. S. 1906,1,481
Planiol	zu Req. D. 1891,1,5
Roubier	zu Req. S. 1939,1,161
Wahl	zu Req. S. 1911,1,529

Gesetzerläuterungen

Guibert	zum Gesetz vom 12.7.1937, D. 1938,4,83
Leloir	zum Gesetz vom 20.6.1936, D. 1936,4,245
Robert	zum Gesetz vom 9.3.1918, D. 1918,4,35
Tresbot	zum Gesetz vom 29.6.1935, D. 1935,4,313

EINLEITUNG

Der Gläubiger, der dem Schuldner ein Darlehen einräumt, verlangt in der Regel eine Sicherheit, um die Erfüllung seiner Forderung, die Rückzahlung des Darlehens, sicherzustellen. Die Sicherheit kann darin bestehen, daß ein Dritter der Schuld beitritt, ihre Erfüllung garantiert oder, typischer Fall der Personalsicherung, als Bürge nach § 765 BGB bzw. Art. 2011 C. civ. [1] für ihre Erfüllung einsteht.

Die Bürgschaft unterscheidet sich gewöhnlich von der Gesamtschuld und dem Garantievertrag [2] durch die Abhängigkeit von der zu sichernden Hauptschuld, da für die Verpflichtung des Bürgen nach § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. Art. 2013 Abs. 1 C. civ. bestimmt ähnlich, daß der Bürge nicht zu mehr oder unter schwereren Bedingungen als der Hauptschuldner verpflichtet werden darf. Erlischt daher die Hauptschuld, erlischt auch die Bürgschaft. Steht der Hauptschuld eine Einrede entgegen, darf der Bürge nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. Art. 2036 Abs. 1 C. civ. die dem Hauptschuldner zustehende Einrede geltend machen.

Doch scheint die Abhängigkeit im Rahmen des Zwangsvergleichs eine Einschränkung zu erleiden. Wird dem Hauptschuldner dort seine Verbindlichkeit ganz oder teilweise erlassen oder wird sie gestundet, werden nach § 193 Satz 2 KO und nach Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 [3] die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nicht berührt. Der Bürge bleibt trotz der Abhängigkeit seiner Verpflichtung im ursprünglichen Umfang verpflichtet. Ebenso kann nach § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB für eine bereits verjährte Forderung eine Bürgschaft begründet werden wie nach § 2012 Abs. 2 C. civ. die Verpflichtung des Bürgen bestehen bleibt, obwohl die Hauptverbindlichkeit wegen Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners wieder aufgehoben werden kann.

Da die verjährte Forderung nicht durchsetzbar ist [4], während die Verpflichtung des geschäftsunfähigen Hauptschuldners als unvollkommene Verbindlichkeit fort-

---

1) Art. 2011 C. civ. lautet:
Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

2) Das französische Recht kennt allerdings ein dem deutschen Garantievertrag ähnliches Institut nicht.

3) Journal officiel vom 14. 7. 1967, S. 7059. Dieses Reformgesetz ersetzt die Bestimmungen des C. com. über das Konkurs- und Vergleichsrecht, die es aber z. T. unverändert übernimmt; letzteres gilt insbesondere für die im vorliegenden Zusammenhang wesentlichen Vorschriften.

4) Esser I, § 7 I 3c .

lebt [1]), könnte gefolgert werden, daß als Grundlage für die Bürgschaft eine bloße Schuld, die nicht durchsetzbar zu sein braucht, genügt. Es fragt sich daher, ob eine solche zwangsweise nicht durchsetzbare Schuld oder überhaupt eine unvollkommene Verbindlichkeit als Basis für die fortdauernde Existenz der Bürgschaft ausreicht und damit auch die Sonderregelung des § 193 Satz 2 KO und des Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 erklären könnte oder ob § 222 Abs. 2 i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB und Art. 2012 Abs. 2 C. civ. nur eine Ausnahme darstellen, weil der Bürgschaft eine vollkommene Verbindlichkeit zugrundeliegen muß.

Dann stellt sich aber die weitere Frage, ob im Rahmen des § 193 Satz 2 KO und des Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 noch von einer Bürgschaft gesprochen werden kann oder nicht vielmehr ein dem Garantievertrag ähnliches Rechtsinstitut vorliegt, das vom Gesetz fälschlicherweise als Bürgschaft bezeichnet worden ist. Zwar soll auch der Bürge dem Gläubiger die Erfüllung der Forderung sichern, die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld hätte aber zur Folge haben müssen, daß, ist die Hauptschuld erlassen, die Verpflichtung des Bürgen mit der des Hauptschuldners erlischt. Würde man trotzdem an der Bürgschaft festhalten, verwischte man andererseits die Abgrenzung zum Garantievertrag. Die Abhängigkeit der Bürgschaft dürfte dann nicht mehr als Unterscheidungskriterium herangezogen werden.

Zu fragen also ist, ob die abhängige Verpflichtung des Bürgen noch Bürgschaft bleibt und nicht zu einem Garantievertrag wird, wenn der Bestand der Hauptschuld verändert wird, ohne daß dies eine Veränderung der Bürgschaftsverpflichtung zur Folge hat. Da das französische Recht, wie Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 zeigt, die gleiche Problematik kennt, erschien es nützlich, das französische Recht rechtsvergleichend heranzuziehen, um vielleicht mit Hilfe der in der französischen Rechtsordnung praktizierten Lösung gleichzeitig eine Antwort auf die in der Einleitung gestellten Fragen zu finden.

---

1) Dalloz III, Nr. 14, S. 653.

ERSTER TEIL:

DIE FUNKTION DER BÜRGSCHAFT

Das in § 765 BGB und Art. 2011 C. civ. definierte Institut der Bürgschaft enthält zwei grundsätzliche Aussagen. Zuerst wird festgestellt, daß der Bürge sich gegenüber dem Gläubiger vertraglich verpflichtet. Der Bürge, der ein Schuldverhältnis begründet, schuldet eine Leistung. Dann wird bestimmt, zu welchem Zweck die Verpflichtung des Bürgen dient. Der Bürge soll dem Gläubiger die Erfüllung seiner Forderung sichern, ihn befriedigen, falls der Hauptschuldner nicht leistet. Das heißt, daß die Verpflichtung des deutschen wie französischen Bürgen ein Sicherungsgeschäft ist [1].

A. Der Zweck der Bürgschaft

Der Hauptschuldner, der ein Darlehen aufnehmen möchte und dem Gläubiger zur Sicherheit einen Bürgen anbietet, bezweckt damit, einmal seine Kreditwürdigkeit zu heben, zum andern eventuelle Zweifel an der späteren Rückzahlung zu zerstreuen. Er ist dabei überzeugt, seiner Leistungspflicht zum festgelegten Zeitpunkt nachkommen zu können, so daß der Gläubiger den Bürgen nicht in Anspruch zu nehmen braucht. Der Bürge verpflichtet sich wiederum in dem Glauben, daß der Hauptschuldner die geschuldete Leistung erfüllen wird und sich seine eigene Verpflichtung darin erschöpft, die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners zu verstärken [2].

Der Gläubiger zweifelt umgekehrt nicht unbedingt an der Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners. Gewöhnlich geht auch er davon aus, daß der Hauptschuldner seine Verpflichtung erfüllen wird. Der Gläubiger täte sonst besser, von jeder vertraglichen Beziehung mit dem Hauptschuldner Abstand zu nehmen. Trotzdem muß er in Rechnung stellen, daß der zwar jetzt noch vermögenskräftige Hauptschuldner später auf Grund irgendwelcher Ereignisse in seiner Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt werden kann. Gegen den möglichen Vermögensverfall des Hauptschuldners, der die Erfüllung seiner Verbindlichkeit schwierig oder unmöglich machen könnte, möchte sich der Gläubiger daher absichern. Ist der Hauptschuldner dann tatsächlich nicht mehr in der Lage, die ihm obliegende

---

1) Schwarz, S. 596.

2) Esser II, § 87 I 1 bezeichnet die Bürgschaft als die einzige, im BGB geregelte Form eines Kreditsicherungsvertrags.

Leistung zu erbringen, kann er sich an den Bürgen wenden, um von ihm die Einlösung seines Versprechens zu fordern. Der Gläubiger verfügt daher zunächst über zwei Möglichkeiten, sich wegen seiner Forderung zu befriedigen [1].

Das läßt deutlich werden, daß die Bürgschaft dazu dient, dem Gläubiger ein Sicherungsmittel für die Erfüllung seiner Forderung zu verschaffen [2]. Der Zweck der Bürgschaft besteht aber nicht darin, den Gläubiger gegen die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen [3], sondern geht dahin, den Gläubiger zu befriedigen, falls der Hauptschuldner nicht erfüllen kann [4].

Das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit meint daher nichts anderes als Sicherung der Erfüllung der Hauptschuld [5]. Diese Sicherung des Gläubigers ist der alleinige Zweck der Bürgschaft [6], wie umgekehrt der Sicherungszweck der Inhalt der Verpflichtung des Bürgen ist [7].

---

1) Schemmel, S. 5; Pont, Anm. I 2 zu Art. 2011 C. civ. und Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 909.

2) vgl. Motive II, S. 659 und Schwarz, S. 596.

3) so wohl mißverständlich BGHZ 6, 389, was jedoch hieße, daß der Bürge dem Hauptschuldner genügend Zahlungsmittel zur Verfügung zu stellen hätte.

4) Planck-Oegg, Vbem. II 1 zu § 765 BGB; BGB-RGRK Fischer, Vbem. 6 zu § 765 BGB; RGZ 134, 128; 163, 99; 165; 139; vgl. weiter Locré, S. 318, 322 und 330; Mazeaud III, Nr. 13; Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 64; Planiol-Ripert XI, Nr. 1530 und Savatier, S. 132.

5) Westerkamp, S. 159.
Nach BGH NJW 1965, 438 steht der Bürge schlechthin und uneingeschränkt für das Risiko ein, daß der Schuldner bei Fälligkeit der Schuld leistungsfähig ist und erfüllt; ähnlich Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1401 und Dalloz I, Nr. 1, S. 534.

6) Bettermann, NJW 1953, 1817 und KG NJW 1956, 1482; ähnlich Planiol, Anm. zu Req. D. 1891, 1, 5 und 6 und Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 909.

7) Düringer-Hachenburg-Werner, Anm. 14 zu § 349 HGB, sehen darin das Wesen der Bürgschaft, ähnlich BGHZ 6, 390 und BGH LM Nr. 2 zu 767 BGB; ebenso Mazeaud III, Nr. 22 und Levillain, Anm. zu Civ. D. 1902, 1, 417, 419.

B. Die Bürgschaft ist eine Schuld

I. Die einfache Bürgschaft

Der Bürge des BGB und des Code civil steht für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten ein. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Bürge lediglich für die Leistung des Hauptschuldners haftet [1]. Bereits der Wortlaut des § 765 Abs. 1 BGB macht klar, daß der Bürge eine Verpflichtung eingeht. Er verpflichtet sich, dem Gläubiger das zu leisten, was er bekommen würde, falls der Hauptschuldner erfüllt hätte. Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung ist somit das Einstehen für ein pflichtgemäßes Tun des Hauptschuldners [2]. Der Bürgschaftsvertrag begründet daher für den Bürgen eine eigene Schuldverpflichtung und schafft zwischen ihm und dem Gläubiger ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Bürge eine Leistung schuldet [3].

Der Bürge verspricht dabei nicht, wie § 766 Satz 2 BGB es vermuten lassen könnte, die Hauptschuld zu erfüllen [4] oder die Erfüllung durch den Hauptschuldner zu bewirken [5]; er verspricht lediglich die Erfüllung einer entsprechenden Leistung, falls der Hauptschuldner nicht erfüllt [6]. Der Bürge schuldet somit die Befriedigung des Gläubigers [7]. Leistet der Bürge, erfüllt er seine eigene Schuld und nicht die des nicht leistenden Hauptschuldners, da seine Leistung die Erfüllung des nicht leistenden Hauptschuldners ersetzt [8]. Wäre dem nicht so, könnte die Forderung nicht gemäß § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. Art. 2028 Abs. 1 C. civ. auf den Bürgen übergehen, da sie sonst, hätte der Bürge gleichzeitig die

---

1) Schwarz, S. 597.
2) Westerkamp, S. 159 und Planck-Oegg, Anm. 6a zu § 765 BGB; ebenso Savatier, S. 132 und Guillouard, Nr. 6.
3) Planck-Oegg, Vbem. II 1c zu § 765 BGB und Staudinger-Brändl, Vbem. 7 zu § 765 BGB; ähnlich Dalloz I, Nr. 6, S. 534.
4) § 766 Satz 2 BGB ist ein Redaktionsfehler, vgl. Reichel, S. 76; Siber, S. 239 und Staudinger-Brändl, Vbem. 7 zu § 765 BGB und Rziff. 8 zu § 766 BGB.
(a.A. Enneccerus-Lehmann, § 191 I 2, Fußnote 1.)
5) Planck-Oegg, Anm. 6a zu § 765 BGB.
6) vgl. dazu Siber, S. 240.
7) Larenz II, § 58 I, S. 320; Aubry et Rau VI, § 423, S. 267.
8) Siber, S. 238 und BGB-RGRK-Fischer, Anm. 15 und § 765 BGB.

Hauptschuld erfüllt, erloschen wäre [1]. Der Bürge schuldet daher aus einem anderen Rechtsgrund als der Hauptschuldner [2].

Er schuldet aber auch eine im Inhalt von der Hauptverbindlichkeit verschiedene Schuld, selbst wenn der Bürge dem Gläubiger in der Regel das verschafft, was er vom Hauptschuldner hätte bekommen sollen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Bürge versprochen hat, die Erfüllung einer Geldforderung oder die Leistung einer vertretbaren Sache zu sichern [3]. Die Verschiedenheit der Leistungen zeigt sich hingegen darin, daß der Bürge, der für die Erfüllung einer höchstpersönlichen Leistung einzustehen hat, dem Gläubiger von vornherein eine Ersatzleistung in Geld verspricht, sollte der Hauptschuldner seine Leistung nicht erbringen [4]. Der Gläubiger erhält also keinen zweiten Hauptschuldner. Ihm wird zwar mit der Bürgschaft eine zweite, rechtliche Beziehung zugewiesen [5]. Doch bleibt der Bürge immer Fremdschuldner und begründet, da er die Hauptverpflichtung nicht als eigene übernimmt, mit dem Hauptschuldner kein Gesamtschuldverhältnis [6]. § 765 Abs. 1 BGB und Art. 2011 C. civ. haben damit eine

---

1) vgl. dazu Siber, S. 239; derselbe, JherHb 50, 111 und Planck-Oegg, Anm. 6a zu § 765 BGB; ebenso die Rechtsprechung, vgl. RGZ 65, 139 und 96, 136.

2) a. A. Westerkamp, S. 156 nach dem der Bürge die Hauptschuld erfüllt. Nach Enneccerus-Lehmann, § 191 I 2, Fußnote 1 erfüllt der Bürge seine eigene Verpflichtung und die des Hauptschuldners.

2) RGZ 84, 232 und Staudinger-Brändl, Vbem. 8 zu § 765 BGB; ebenso Req. D 1891, 1, 5 und Lenfant, S. 5.

3) Gierke, S. 206 III; Planck-Oegg, Anm. 6 zu § 765 BGB; ähnlich Planiol-Ripert XI, Nr. 1516.

4) Reichel, S. 74 und BGB-RGRK-Fischer, Anm. 15 zu § 765 BGB; ebenso Aubry et Rau VI, § 424, S. 274.

5) v. Tuhr, S. 174 spricht von einer Zuwendung an den Gläubiger; vgl. weiter Bauer-Mengelberg, S. 64.

6) vgl. Lippmann, AcP 111, 148, 153 und 158; Oertmann, Vbem. 3a zu § 765 BGB; Palandt-Thomas, Einf. 1d vor § 765 BGB; Soergel-Schmidt, Vbem. 7 zu § 765 BGB; ebenso die Rechtsprechung, vgl. BGH JZ 1956, 99 und BGH WM 1968, 916 und 918.
a.A. Kreß, S. 261, der Bürge und Hauptschuldner als Gesamtschuldner ansieht, ebenso RG JW 1907, 47 Nr. 5 und RG Recht 1913, 1270.
Nach RGZ 53, 404 begründet der Bürge ein abhängiges Solidarschuldverhältnis, während Schollmeyer, Vbem. 3 zu § 420 BGB, von einem passiven, akzessorischen Gesamtschuldverhältnis spricht.

im wesentlichen gleiche Gestaltung gefunden. Beide Rechtskreise gehen davon aus, daß der Bürge eine eigene von der Hauptschuld verschiedene Schuld begründet [1].

Doch der Bürge schuldet nicht nur, er haftet auch. Unter Haftung versteht man gewöhnlich die Möglichkeit des Gläubigers, Zugriff auf das Vermögen des Schuldners zu nehmen, falls der Schuldner nicht erfüllt [2]. Das gesamte Vermögen des Schuldners ist dabei in der Regel der Zugriffsmacht des Gläubigers unterworfen, um ihm Ersatz für die Nichtbefriedigung seiner Forderung zu verschaffen [3]. Der Schuldner, der eine Verpflichtung eingeht, haftet daher mit seinem Vermögen dem Gläubiger dafür, daß der Gläubiger die geschuldete Leistung erhält [4]. Die Vermögenshaftung, die um der Schuld willen da ist und grundsätzlich mit jeder Schuld verbunden ist, ist somit eine Folge der Schuld. Wer schuldet, haftet auch [5]. Eine in diesem Sinne verstandene Haftung gilt auch für den Bürgen. Er ist echter Schuldner und haftet wie jeder andere Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung seiner Schuld [6].

Fortsetzung der Fn. 6) von S. 6:

Nach Heck, Schuldrecht, S. 383 zeigt die Bürgschaft die Struktur einer Gesamtschuld, bleibe aber abhängig.

Für das französische Recht vgl. Huc XII, Nr. 173; Dalloz Nouveau Code Civil, Nr. 56 zu Art. 2011 C. civ. und Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 918.

Die Gesamtschuld der Art. 1200 ff. C. civ. umfaßt wie die des BGB eine Mehrheit von Schuldverhältnissen, die alle auf die gleiche Leistung gerichtet sind, vgl. Marty-Raynaud, Nr. 786 und Planiol-Ripert VII, Nr. 1076.

1) Schwarz, S. 594.

2) Palandt-Danckelmann, Einf. 3b vor § 241 BGB; ähnlich David, S. 138 und Carbonnier IV, Nr. 141, S. 515.

3) Siber, JherJb 50, 115 sieht im Ersatz wegen Nichterfüllung das Wesen der Haftung, ähnlich Schreiber, S. 182, ebenso Carbonnier IV, Nr. 141, S. 515.

4) Nach Schreiber, S. 208 ist die Haftung mit dem Vermögen die normale Form schuldrechtlicher Haftung überhaupt; vgl. weiter Esser I, § 7 I 1 und Larenz I, § 2 IV, S. 16; ähnlich David, S. 145.

5) Larenz I, § 2 IV, S. 17, ebenso Carbonnier, Théorie, Nr. 85, S. 45 und David, S. 135 und 144.

6) Staudinger-Weber, Einl. K 11 zu § 241 BGB und Palandt-Thomas, Einf. 1d vor § 765 BGB; ebenso Mazeaud II, Nr. 9.

a) Bürgschaft und Schuldbeitritt [1].

Der Schuldbeitritt ist ein Vertrag, durch den der Beitretende eine bereits bestehende Schuld neben dem bisherigen Schuldner als eigene Verpflichtung übernimmt [2]. Der Beitretende wird Schuldner und schuldet die gleiche Leistung wie der Erstschuldner, der weiterhin verpflichtet bleibt [3]. Da der Beitretende, dem Bürgen ähnlich, zu einer für ihn bisher fremden Verbindlichkeit hinzutritt [4], der Schuldbeitritt andererseits dem Zweck dient, die Befriedigung des Gläubigers zu sichern [5], ist er bisweilen mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft auf eine Stufe gestellt worden [6]. Durch den Beitritt wird jedoch nicht wie bei der Bürgschaft ein neuer Schuldgrund geschaffen. Das Erstschuldverhältnis wird lediglich um ein zweites, auf die gleiche Leistung gerichtetes Schuldverhältnis erweitert [7]. Das hat zur Folge, daß zwischen dem Erstschuldner und dem beitretenden Schuldner ein echtes Gesamtschuldverhältnis nach § 421 BGB entsteht [8], während der Bürge eine eigene, von der Erstschuld verschiedene Schuld begründet.

b) Bürgschaft und Garantievertrag.

Der Garantievertrag hat im BGB wegen der Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantieleistung zum Inhalt haben können, keine gesetzliche Fixierung gefunden [9]. Unter Garantievertrag versteht man das selbständige Versprechen, einem

---

1) Westerkamp, S. 36.
Enneccerus-Lehmann, § 197 I, Larenz I, § 31 II, S. 366, Esser I, § 56 II 3 und RGZ 148, 66 sprechen vom Schuldbeitritt, während Reichel, S. 1, Staudinger-Brändl, Vbem. 53 zu 765 BGB und RGZ 153, 344 den Ausdruck "Schuldmitübernahme" verwenden.

2) Westerkamp, S. 36; Bauer-Mengelberg, S. 34 und Enneccerus-Lehmann, § 197 I.

3) Reichel, S. 86; Esser I § 56 II 3; RGZ 135, 107.

4) Westerkamp, S. 37.

5) Westerkamp, S. 37; Palandt-Danckelmann, Einfl. 2b vor § 414 BGB und Larenz I § 31 II, S. 367.

6) RGZ 51, 120 und RG JW 1907, 47, Nr. 7.
Nach RG Recht 1917, 1270 begründen Schuldbeitritt und Bürgschaft ein Gesamtschuldverhältnis.

7) Westerkamp, S. 43 und Esser I, § 56 II 3.

8) Reichel, § 86; Westerkamp, S. 233; Bauer-Mengelberg, S. 21 und 25; BGB-RGRK-Fischer, Vbem. 21 zu § 765 BGB; Esser I, § 56 II 3; RGZ 148, 66.

9) vgl. Motive II, S. 658.

andern für den Eintritt eines bestimmten tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Erfolgs einzustehen oder die mit einem Unternehmen verbundene Gefahr eines künftigen, noch nicht entstandenen Schadens zu übernehmen [1]. Dabei hebt sich die Verpflichtung des Garanten einmal durch ihren selbständigen Charakter, zum andern durch den Zweck hervor, den Gläubiger schadlos zu halten [2]. Das auf die Zukunft gerichtete Garantieversprechen will dem Gläubiger eine Sicherheit verschaffen, um ihn in seinem Entschluß zu bestärken, das mit gewissen Risiken verbundene Geschäft mit dem Schuldner trotzdem einzugehen [3].

Der Garantievertrag kommt der Bürgschaft nahe, wenn der Erfolg, für den eingestanden wird, darin besteht, daß der Dritte eine Verpflichtung eingeht und die daraus resultierende Leistung auch später bewirkt [4] oder, was zu einer noch engeren Berührung mit der Bürgschaft führt, wenn dafür garantiert wird, daß der Dritte eine ausstehende Forderung des Vertragsgegners des Garanten erfüllt, der Garant also für den Eingang der Zahlung einsteht [5]. Er übernimmt in diesem

---

1) Stammler, AcP 69, 1; Schwarz, S. 593; Bauer-Mengelberg, S. 26 und 28; Enneccerus-Lehmann, § 197 II; v. Godin in RGRKomm. zu HGB, Anm. 61 zu § 349 HGB; ebenso die Rechtsprechung, vgl. RGZ 82, 339; 90, 416; 103, 237; 146, 123; BGH NJW 1958, 1483 und BGH WM 1961, 204.
Von dem in diesem Sinne verstandenen Garantievertrag sind die unselbständigen Gewährleistungsversprechen zu unterscheiden, die beim Verkauf einer Sache oder bei der Abtretung einer Forderung abgegeben werden. Sie unterstehen als Teil des betreffenden Rechtsgeschäfts dessen Regeln, vgl. dazu Staub-Gadow, Anm. 45 zu § 349 HGB; Bauer-Mengelberg, S. 26 und 27; RGZ 90, 416.

2) Staudinger-Brändl, Vbem. 54 zu § 745 BGB.

3) RGZ 90, 418.
Ein solches Versprechen kann nicht mehr abgegeben werden, wenn der Schaden bereits feststeht, vgl. Stammler, AcP 69, 123 ff, und Enneccerus-Lehmann, § 197 II, Fußnote 7. Es handelt sich dann vielmehr um ein abstraktes Schuldversprechen, vgl. Staub-Gadow, Anm. 65 zu § 349 HGB und Bauer-Mengelberg, S. 29.
Der Anspruch aus dem Garantievertrag ist ein Erfüllungsanspruch, vgl. RGZ 137, 85, der bei Nichterfüllung auf Ersatz des entstandenen Schadens geht, vgl. BGH WM 1961, 204. Auf den Umfang des Schadens sind die Grundsätze des Schadensersatzrechts anzuwenden, vgl. BGH WM 1968, S. 680.

4) RG LZ 1929, 339.

5) Ebbecke, Recht, 1911, 820; Staub-Gadow, Anm. 65 zu § 349 HGB; Bauer-Mengelberg, S. 28 und 39; Schwarz, S. 594; Larenz, II, § 58 I, S. 321; Enneccerus-Lehmann, § 197 II 2; RGZ 90, 416 und RG JW 1932, 1552.

Fall praktisch die Haftung für die Leistungsfähigkeit des Kreditschuldners [1]. Gerade dann wird aber offenkundig, daß Bürgschaft und Garantievertrag als Sicherungsgeschäfte grundsätzlich dem gleichen wirtschaftlichen Zweck, die Befriedigung des Gläubigers zu sichern, dienen [2]. Es bereitet daher oft große Schwierigkeiten festzustellen, ob eine Bürgschaft oder ein Garantieversprechen vorliegt, da die dabei verwendeten Ausdrücke "verbürgen" oder "garantieren" keine entscheidende Rolle spielen [3]. Auch das Interesse, das der Garant an dem Geschäft zwischen Gläubiger und Schuldner hat, ist nicht ausschlaggebend, da der Bürge ebenso ein Interesse am Hauptschuldverhältnis haben kann [4].

Doch diese mehr praktischen Schwierigkeiten sagen wenig über die rechtlichen Differenzen aus, die zwischen Bürgschaft und Garantievertrag bestehen, wegen des ihnen gemeinsamen Zwecks aber bisweilen aufgehoben scheinen. Begrifflich unterscheidet sich die Bürgschaft vom Garantievertrag dadurch, daß sie Einstehen für eine fremde Schuld bedeutet und eine von dieser Schuld abhängige Verpflichtung darstellt, während der Garantievertrag eine selbständige, von der ursprünglichen Schuld unabhängige Verpflichtung verkörpert [5]. Der Garantievertrag zielt

---

1) BGH NJW 1956, 1020.
Nach OLG Hamburg JW 1934, 1924 liegt in diesem Fall eine Bürgschaft und kein Garantievertrag vor.

2) RGZ 72, 140; 103, 240; WarnRspr 1930, 10; BGH BB 1954, 1044; Soergel-Schmidt, Vbem. 29 zu § 765 BGB.
Nach den Motiven II, S. 658 ist die Bürgschaft eine besondere Form des Garantievertrags.

3) Eine "Bürgschaft" kann ein Garantievertrag und ein "Garantievertrag" kann eine Bürgschaft sein, vgl. WarnRspr 1916, 130; vgl. weiter RGZ 90, 417; RG JW 1923, 368 und OLG Hamburg JW 1934, 1924.
Nach BGH WM 1962, 577 und WM 1968, 680 ist es eine Frage tatrichterlicher Auslegung, ob die abgegebene Erklärung eine Bürgschaftsverpflichtung oder ein Garantieversprechen enthält. Im Zweifel ist Bürgschaft anzunehmen, vgl. BGH BB 1954, 1044.

4) OLG Hamburg JW 1934, 1925; ebenso BGH WM 1962, 577 und WM 1964, 62. a.A. Enneccerus-Lehmann, § 197 II 2 und Larenz II, § 58 I, S. 321, da die Verbürgung ein Akt des Altruismus sei.

5) vgl. dazu Stammler, AcP, 36 und 37; Ebbecke, Recht 1911, 820; Erman-Wagner, Vbem. 3 zu § 765 BGB; Palandt-Thomas, Einf. 3d vor § 765 BGB; Staudinger-Brändl, Vbem. 54 zu § 765 BGB; Larenz II, § 58 I, S. 321; ebenso die Rechtsprechung, vgl. RGZ 90, 417; RG LZ 1929, 328 und 329; WarnRspr 1930, 10; BGH BB 1954, 1044; BGH NJW 1927, 1020.
Die §§ 765 BGB ff. werden auf den Garantievertrag auch nicht entsprechend angewandt, vgl. RG JW 1931, 520 und Soergel-Schmidt, Vbem. 29 zu § 765 BGB.

dabei nur auf den Eintritt des Erfolgs ab, der aber, weil der Garantievertrag unabhängig ist, über die bloß vertragsmäßig geschuldete Leistung des Schuldners hinausgehen kann [1]. Der Garant haftet schlechthin und auch dann, wenn die Forderung gar nicht entstanden oder wieder weggefallen ist [2]. Insbesondere muß er, da er den Eintritt eines unbedingten Erfolgs versprochen hat, für alle nichttypischen Zufälle einstehen [3].

Der Bürge kann dem Gläubiger nicht den gleichen Erfolg versprechen, da sich seine Verpflichtung an die Hauptschuld anlehnt und in der Regel erlischt, wenn die zu sichernde Hauptverbindlichkeit wegfällt [4]. Der Satz, daß Bürgschaft und Garantievertrag dem gleichen wirtschaftlichen Zweck dienen, muß aus diesem Grunde eingeschränkt werden. Die Abhängigkeit von der Hauptschuld [5] ist daher in den meisten Fällen geeignet, Bürgschaft und Garantievertrag in rechtlicher Hinsicht voneinander zu unterscheiden.

Der Gesetzgeber hat aber das Akzessorietätsprinzip nicht streng durchgeführt. In den §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO hat er beispielsweise bestimmt, daß die Verpflichtung des Bürgen nicht berührt wird, wenn dem Hauptschuldner im Zwangsvergleich oder gerichtlichen Vergleich die Forderung ganz oder teilweise erlassen wird. In beiden Fällen hat der Gesetzgeber den Sicherungszweck über die Abhängigkeit der Bürgschaft gestellt [6]. Gleichzeitig machen diese Beispiele offenkundig, daß der Abhängigkeitsgrundsatz nur als unvollkommenes Kriterium zur Abgrenzung vom Garantievertrag dienen kann. Daraus folgt, will man nicht in diesen und ähnlichen Fällen von der Bürgschaft als einer Verpflichtung sui generis [7] oder als einem Garantievertrag [8] sprechen, daß neben der Abhängigkeit nach anderen Maßstäben gesucht werden muß, um den Umfang des Sicherungszwecks der Bürgschaft bestimmen zu können [9]. Träte andererseits

---

1) Bauer-Mengelberg, S. 28; Enneccerus-Lehmann, § 197 II 1; RGZ 146, 124; RG JW 1939, 38; BGH NJW 1960, 1567.

2) RGZ 72, 140, RG JW 1923, 368; BGH BB 1954, 1044; BGH WM 1968, 682; ähnlich Staub-Gadow, Anm. 65 zu § 349 HGB und Bauer-Mengelberg, S. 40.

3) BGH NJW 1960, 1567 und WM 1968, 682; Bauer-Mengelberg, S. 30; Levy, Anm. zu RG JW 1923, 368; Herschel, Anm. zu RG DR 1940, 863; Enneccerus-Lehmann, § 197 II 2.

4) BGB-RGRK-Fischer, Anm. 2 zu § 767 BGB.

5) vgl. dazu im einzelnen unten C.

6) RGZ 134, 129.

7) so Bönner, S. 60 und 61.

8) so Krawielicki, S. 210.

9) Die Bestimmung des Sicherungszwecks und seine Abgrenzung zum Garantievertrag wird aber Aufgabe des Zweiten Teils sein.

die Abhängigkeit zu Gunsten des Sicherungszwecks immer dann zurück, wenn die Hauptforderung aus irgendwelchen Gründen herabgesetzt würde, wäre der Unterschied zum Garantievertrag praktisch verwischt.

II. Die selbstschuldnerische Bürgschaft des BGB und die solidarische Bürgschaft des Code civil

Aus der Sicherungsfunktion der Bürgschaft folgt, daß der Bürge erst dann einzustehen hat, wenn der Hauptschuldner nicht leistet. Die Verpflichtung des Bürgen ist somit subsidiär [1]. Ausfluß dieser Subsidiarität ist die dem Bürgen in § 771 BGB und Art. 2021 C. civ. gewährte Einrede der Vorausklage (bénéfice de discussion) [2]. Nach § 771 BGB darf der Bürge die Befriedigung des Gläubigers solange verweigern, wie der Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht hat, während nach Art. 2022 C. civ. die bereits eingeleiteten Maßnahmen aufgehoben werden. Die Einrede muß aber im Prozeß geltend gemacht werden, da sie nicht von Amts wegen berücksichtigt wird [3].

Dagegen steht dem Bürgen des BGB, haben sich mehrere für die Hauptschuld verbürgt, keine Einrede der Teilung (bénéfice de division) zu [4]. Demgegenüber be-

---

1) Reichel, S. 81; Soergel-Schmidt, Vbem. 5 zu § 765 BGB und Esser II, § 87 I 4.
Ebenso Josserand, Nr. 14; Dalloz I, Nr. 140, S. 544; Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 98 und Lenfant, S. 23.
Die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, selbst wenn sie bekannt ist, ändert nichts an der Subsidiarität der Bürgschaft, vgl. Req. S. 1911, 1, 529.
Nach Planiol-Ripert XI, Nr. 1535 wohnt allerdings der subsidiäre Charakter der Bürgschaft nicht von Rechts wegen inne, da Art. 2011 C. civ. nur auf die Abhängigkeit der Bürgschaft abziele, während Mazeaud II, Nr. 29 und 30 die Subsidiarität als Folge der akzessorischen Natur der Bürgschaft begreift. Doch spiegelt Art. 2011 C. civ. sowohl den akzessorischen als auch den subsidiären Charakter der Bürgschaft wider.

2) Staudinger-Brändl, Vbem. 10 zu § 765 BGB und BGB-RGRK-Fischer, Anm. 1 zu § 771 BGB einerseits, Planiol-Ripert XI, Nr. 1535 und Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 98 andererseits.

3) BGB-RGRK-Fischer, Anm. 2 zu § 771 BGB und Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1404.

4) Da mehrere Bürgen wie Gesamtschuldner haften, vgl. § 769 BGB, wurde ihnen die Einrede der Teilung versagt, vgl. Motive II, S. 666 und 667.

rechtigt Art. 2026 C. civ. den Bürgen, vom Gläubiger eine der Anzahl der Bürgen entsprechende Aufteilung der Hauptschuld zu verlangen. Der Bürge haftet dann nur für den auf ihn entfallenden Teil der Hauptforderung [1].

1. Die selbstschuldnerische Bürgschaft.

Der Gläubiger, der eine möglichst schnell realisierbare Sicherheit sucht, wird gewöhnlich vom Bürgen verlangen, auf die Einrede der Vorausklage zu verzichten [2] oder sich als Selbstschuldner zu verbürgen. Er möchte sich vor allem den mühsamen Klageweg gegen den Hauptschuldner ersparen, ehe er gegen den Bürgen vorgehen darf. Hat sich dagegen der Bürge als Selbstschuldner verbürgt, kann er nach Fälligkeit der Forderung vom Gläubiger sofort in Anspruch genommen werden, da er nach § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB einem Bürgen gleichgestellt wird, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat.

Die Bestimmung des § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB gibt aber keine Auskunft darüber, ob die selbstschuldnerische Bürgschaft nach dem Recht der Bürgschaft oder dem der Gesamtschuld zu beurteilen ist. Da nach dem Gesetzeswortlaut der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ausgesprochen werden kann, ohne daß sich der Bürge als Selbstschuldner verbürgt, wird der Eindruck hervorgerufen, als ob mit dem Verzicht auf diese Einrede die Wirkungen der selbstschuldnerischen Bürgschaft noch nicht erschöpft seien. Aus dem Umstand, daß der Bürge, der sich als Selbstschuldner verbürgt, vom Gläubiger direkt belangt werden darf, könnte daher gefolgert werden, daß selbstschuldnerische Bürgschaft und Hauptschuld in einem Gesamtschuldverhältnis zueinander stehen. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist aber zu schließen, daß der Bürge, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat, lediglich das Recht verliert, die Einrede der Vorausklage geltend zu machen, im übrigen aber Bürge bleibt, dessen Verpflichtung unter die Bestimmungen der Bürgschaft fällt [3]. Daraus folgt, daß der Ausschluß der Einrede der Vorausklage lediglich die Subsidiarität der Bürgschaft einschränkt [4], nicht aber zur Folge hat, daß selbstschuldnerische Bürgschaft

---

1) vgl. dazu Ripert-Boulanger II, Nr. 1891 und Ferid, S. 779.

2) Nach den Motiven II, S. 668 ist der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zur Regel geworden.

3) Staudinger-Brändl, Vbem. 20 zu § 765 BGB und RGZ 148, 66.

4) Schemmel, S. 7 spricht von der selbstschuldnerischen Bürgschaft als einer sekundär-subsidiären, von der gewöhnlichen Bürgschaft als einer primär-subsidiären Bürgschaft.

und Hauptschuld ein Gesamtschuldverhältnis begründen [1].

2. Die solidarische Bürgschaft.

Nach Art. 2022 C. civ. darf der einfache Bürge dem verfolgenden Gläubiger die Einrede der Vorausklage entgegenhalten. Haben sich mehrere Bürgen für die gleiche Schuld verbürgt, ist der einfache Bürge nach Art. 2026 C. civ. berechtigt, die Einrede der Teilung zu erheben. Da die beiden dem einfachen Bürgen gewährten Einreden geeignet sind, die Wirksamkeit der einfachen Bürgschaft als Sicherungsinstrument zu beeinträchtigen, wird der Gläubiger gewöhnlich verlangen, daß der Bürge auf die Einreden verzichtet [2] oder der Dritte, der die Erfüllung der Forderung zu sichern versprochen hat, sich als Gesamtschuldner verpflichtet [3]. Man hatte daher seit jeher versucht, Bürgschaft und Hauptschuld durch ein solidarisches Band zu verbinden [4].

Der Gesetzgeber hat diesem Bedürfnis Rechnung getragen und in Art. 2021 C. civ. bestimmt, daß der Bürge nur dann zur Zahlung verpflichtet ist, wenn der Schuldner nicht zahlt und in sein Vermögen erfolglos vollstreckt worden ist, es sei denn, der Bürge habe auf die Einrede der Vorausklage verzichtet oder sich mit dem Hauptschuldner solidarisch verpflichtet. Im letzteren Fall beurteile sich die Wirkung der solidarischen Verpflichtung des Bürgen nach den für die Gesamtschuld aufgestellten Grundsätzen [5]. Es versteht sich von selbst, daß der Gläubiger, der das Gesetz des Handelns bestimmt und die bestmögliche Sicherheit haben möchte, vom Bürgen nicht nur fordern wird, auf die Einrede der Vorausklage zu verzichten, sondern sich solidarisch zu verbürgen. Die zwischen Gläubiger und Bür-

---

1) Lippmann, AcP 111, 153; Staudinger-Brändl, Vbem. 9 zu § 765 BGB und BGH WM 1968, 916 und 918.

2) Savatier, S. 132.

3) Nach Planiol-Ripert VII, Nr. 1064 ist die Gesamtschuld unter den persönlichen Sicherheiten die wirksamste Garantie für die Erfüllung einer Forderung, ähnlich Colin-Capitant II, Nr. 1736 und Mazeaud II, Nr. 1056.

4) Josserand, Nr. 1498; Fournier, RcLJ XV, 708 und Mazeaud III, Nr. 47.

5) Art. 2021 C. civ. lautet:
La caution n'est obligé envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débiteur; auquel cas l'effet de son engagement se régle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.

gen vereinbarte Bürgschaft ist daher in der Regel eine solidarische Bürgschaft. Die einfache Bürgschaft kommt in der Praxis fast nur noch als gesetzliche oder richterliche Bürgschaft vor [1]. Da sich die Verpflichtung des solidarischen Bürgen nach den Prinzipien der Gesamtschuld richtet, fragt es sich aber, inwieweit tatsächlich die Vorschriften der Gesamtschuld Platz greifen und die solidarische Bürgschaft der Gesamtschuld anpassen. Der Unterschied zwischen beiden Instituten liegt nicht nur darin, daß der einfache Bürge über die Einreden der Vorausklage und der Teilung verfügt, sondern zeigt sich auch in dem der akzessorischen Natur seiner Verpflichtung entsprechenden Einwendungsrecht und der ihm weiter zustehenden Einrede der cession d'actions des Art. 2037 C. civ. [2]. Dem Gesamtschuldner, dessen Einwendungsrecht vom hauptsächlichen Charakter seiner Verpflichtung bestimmt wird, stehen dagegen die Einreden der Vorausklage, der Teilung und der cession d'aktions nicht zu [3].

---

1) Mazeaud III, Nr. 26 und Morandière III, Nr. 548.

2) Die Einrede der in Art. 2037 C. civ. geregelten cession d'actions entspricht in etwa § 776 BGB, vgl. statt vieler Sigalas, Nr. 91 ff.

3) Das französische Recht unterscheidet bei der in den Art. 1200 - 1216 C. civ. geregelten Gesamtschuld die hauptsächlichen von den nebensächlichen Wirkungen. Die hauptsächlichen Wirkungen bestehen, kurz zusammengefaßt, darin, daß jeder Gesamtschuldner zur Leistung der gleichen Sache verpflichtet wird und vom Gläubiger wahlweise zur Erfüllung der ganzen Leistung gezwungen werden kann, vgl. Planiol-Ripert VII, Nr. 1076; Marty-Raynaud, Nr. 786 ff.; Mazeaud II, Nr. 1063 und Req. D. 1930, 1,169. Die von einem der Gesamtschuldner bewirkte Erfüllung befreit auch die übrigen Gesamtschuldner und bringt das Gesamtschuldverhältnis zum Erlöschen, vgl. Colin-Capitant II, Nr. 1749; Mazeaud II, Nr. 1063; Req. S. 1898, 1,505 und Req. D.H. 192 1928, 461. Im übrigen sind die einzelnen Schuldverhältnisse aber relativ unabhängig, vgl. Dalloz V, Nr. 76, S. 25 und Civ. S. 1935,1,175.
Die nebensächlichen Wirkungen entspringen aus dem der Gesamtschuld ebenfalls wesentlichen Prinzip der gegenseitigen Vertretung (représentation mutuelle). Die zwischen den Gesamtschuldnern bestehende Interessengemeinschaft führt dazu, daß sie sich gegenüber dem Gläubiger einander vertreten und daher jeder gegen einen der Gesamtschuldner gerichtete Akt wie die Unterbrechung der Verjährung, vgl. Art. 1206 C. civ., oder die Rechtskraft des Urteils, vgl. Req. D.A. 1942, 59, für und gegen die anderen Gesamtschuldner wirkt, vgl. Colin-Capitant II, Nr. 1758 und Dalloz V, Nr. 60, S. 24.

Art. 2021 C. civ., der in einem allgemeinen Sinne auf die Prinzipien der Gesamtschuld verweist, sagt nicht, welche Prinzipien der Vorschriften über die Gesamtschuld auf die solidarische Bürgschaft Anwendung finden. Insbesondere geht aus der Verweisung nicht hervor, ob die Verpflichtung des solidarischen Bürgen ihren abhängigen Charakter verliert und, zumindest in ihren Beziehungen zum Gläubiger, der Hauptschuld angeglichen wird, oder ob der solidarische Bürge nur die Befugnis verlieren soll, die Einreden der Vorausklage, der Teilung und der cession d'actions geltend zu machen. Der Gesetzgeber hat trotz der Verweisung auf die Grundsätze der Gesamtschuld unentschieden gelassen, welches der beiden Institute letzten Endes der Bürgschaft das entscheidende Gepräge gibt [1].

Literatur [2] und Rechtsprechung [3] sind sich darin einig, daß der solidarische Bürge wie der Gesamtschuldner nicht die Einrede der Vorausklage und der Teilung erheben darf. Während bereits Art. 2021 C. civ. dem solidarischen Bürgen die Einrede der Vorausklage versagt, verwehrt Art. 1203 C. civ. dem Gesamtschuldner, und damit über Art. 2021 C. civ. auch dem solidarischen Bürgen, die Einrede der Teilung [4]. Dagegen darf der solidarische Bürge die dem einfachen Bürgen zustehende Einrede der cession d'actions geltend machen [5], obwohl sich der Gesamtschuldner, da für ihn eine entsprechende Vorschrift fehlt, nicht auf sie berufen darf [6]. Außerdem gilt zwischen dem Hauptschuldner und dem solidarischen Bürgen das Prinzip der gegenseitigen Vertretung [7].

Umstritten ist der rechtliche Charakter der Verpflichtung des solidarischen Bürgen. Wird sie als Bürgschaft angesehen, bemißt sich das Einwendungsrecht des

---

1) vgl. dazu Josserand, Nr. 1499; Hervé, S. 93; Fournier, RclJ XVI, 41 und Sigalas, Nr. 38.

2) vgl. statt vieler Planiol-Ripert XI, Nr. 1539.

3) vgl. statt vieler Req. D. 1898,1,301.

4) Aus der entsprechenden Anwendung von Art. 1203 C. civ. folgt, daß der Gläubiger, hat er von sich aus die Forderung aufgeteilt, trotzdem den Teil eines solidarischen Mitbürgen, der zahlungsunfähig geworden ist, anteilweise von den noch verbleibenden Mitbürgen verlangen kann, vgl. Art. 1215 C. civ. Ist dagegen ein einfacher Bürge zahlungsunfähig geworden, bleibt es bei der ursprünglichen Teilung. Die Mitbürgen sind nicht anteilweise zur Übernahme des entfallenden Teils verpflichtet, vgl. Art. 2027 C. civ. vgl. dazu Req. D.P. 1882,1,441 und Colin-Capitant II, Nr. 1406.

5) vgl. statt vieler Civ. D. 1911,1,253 und Aubry et Rau VI, § 429 3, S. 302.

6) Sigalas, Nr. 91 bis.

7) Planiol-Ripert XI, Nr. 1539 und Req. D. 1931,1,73.

solidarischen Bürgen nach der für den Bürgen in Frage kommenden Vorschrift des Art. 2036 C. civ.

Wird die solidarische Bürgschaft der Gesamtschuld angeglichen, beurteilt sich das Einwendungsrecht des solidarischen Bürgen nach der für den Gesamtschuldner geltenden Bestimmung des Art. 1208 C. civ. [1]

a) Die solidarische Bürgschaft wird der Gesamtschuld angeglichen.

Die Rechtsprechung hat lange Zeit an der Auffassung festgehalten, daß die zwischen den Parteien vereinbarte Solidarität die solidarische Bürgschaft in ihrem Charakter als Bürgschaft nicht verändere. In mehreren Entscheidungen [2] hat sie ausdrücklich bestätigt, daß die Solidarität weder die akzessorische Natur der Bürgschaft noch die daraus resultierenden Folgen aufhebe, da es für die Abhängigkeit der Bürgschaft keine Rolle spiele, ob die Bürgschaft einfacher oder solidarischer Natur sei. Wie der einfache Bürge könne sich auch der solidarische Bürge auf Art. 2036 C. civ. berufen. Dem solidarischen Bürgen sei lediglich die Geltendmachung der Einrede der Vorausklage und der Teilung zu versagen [3].

---

1) Nach Art. 1208 Abs. 1 C. civ. darf der Gesamtschuldner die aus der Natur des Schuldverhältnisses resultierenden Einwendungen, wie beispielsweise die absolute Nichtigkeit der Verpflichtung, erheben, vgl. Mazeaud II, Nr. 1065; Planiol-Ripert VII, Nr. 1077 und Dalloz V, Nr. 75, S. 25.
Er darf daneben die Einwendungen geltend machen, die allen Gesamtschuldnern gemeinsam sind, wie etwa gleiche Zahlungsfristen, vgl. Planiol-Ripert VII, Nr. 1077. Außerdem darf er sich auf die Zahlung durch einen der Gesamtschuldner, den allen Gesamtschuldnern gewährten Erlaß und die Verjährung der Gesamtschuld berufen, vgl. Colin-Capitant II, Nr. 1749; Marty-Raynaud, Nr. 787 und Dalloz V, Nr. 79, S. 25.
Dagegen sind die persönlichen Einwendungen eines Gesamtschuldners dem anderen Gesamtschuldner nach Art. 1208 Abs. 2 C. civ. versagt. Unter die persönlichen Einwendungen fallen die relative Nichtigkeit, vgl. Mazeaud II, Nr. 1065; Marty-Raynaud, Nr. 788, und gemäß Art. 1294 Abs. 3 C. civ. die Aufrechnung, vgl. dazu Dalloz V, Nr. 86; S. 26 und Mazeaud II, Nr. 1065. Zu den persönlichen Einwendungen im einzelnen vgl. Colin-Capitant II, Nr. 1751; Marty-Raynaud, Nr. 788 und Mazeaud II, Nr. 1065.

2) Amiens, S. 1847,2,337; Aix, S. 1859,2,302; Cass. S. 1866,1,430.

3) Selbst dann, als der Kassationshof in Req. D. 1882,1,441 eine entgegengesetzte Auffassung vertrat, ist in späteren Entscheidungen noch einmal ausdrücklich der akzessorische Charakter der solidarischen Bürgschaft hervorgehoben worden, vgl. Civ. D. 1990,1,228 und Req. S. 1911,1,529 mit zustimmender Anm. von Wahl.

Am Ende des 19. Jahrhunderts hat dann die Rechtsprechung zum ersten Mal entschieden, daß die solidarische Bürgschaft als Gesamtschuld zu beurteilen sei. Der in dieser Frage angerufene Kassationshof stellte in seinem Urteil fest, [1] daß sich die rechtlichen Wirkungen der solidarischen Bürgschaft im Hinblick auf den Gläubiger nach den für die Gesamtschuld aufgestellten Prinzipien bestimmten. Ein diesem Urteil zugrundeliegender Bericht [2], der zur Grundlage der Entscheidung gemacht wurde, führte aus, daß es nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein könne, dem solidarischen Bürgen nur die Einrede der Vorausklage zu versagen, da dies bereits der Wortlaut des Art. 2021 C. civ. klarstelle. Erschöpfte sich die solidarische Verbürgung im bloßem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, hätte der Gesetzgeber in Art. 2021 C. civ. neben dem auf diese Einrede verzichtenden Bürgen nicht auch noch den solidarischen Bürgen aufzuzählen brauchen. Das Verbot, die Einrede der Teilung geltend zu machen, beruhe auf dem der Gesamtschuld wesentlichen Prinzip, die Schuld ungeteilt verfolgen zu können.

Mit der Schaffung des Art. 2021 C. civ. habe der Gesetzgeber vielmehr deutlich machen wollen, daß der solidarische Bürge nicht nur bezüglich der beiden Einreden, sondern überhaupt wie ein Gesamtschuldner zu behandeln sei. Er habe sich aus diesem Grund in dem Abschnitt, der die Beziehungen zwischen Gläubiger und Bürgen regle, nicht mehr mit dem solidarischen Bürgen befaßt und geglaubt, durch die bloße Verweisung in Art. 2021 C. civ. auf die Gesamtschuld die Wirkungen der solidarischen Bürgschaft genügend umschrieben zu haben. Die Vorschriften der Gesamtschuld müßten daher entsprechend auf die solidarische Bürgschaft angewendet werden [3].

---

1) Req. D. 1882, 1, 441 mit ablehnender Anm. von Aubry.

2) Rapport Lepelletier in Req. D. 1882, 1, 445.

3) Das Gericht hatte zu entscheiden gehabt, ob der Gläubiger die Teilung seiner Forderung wieder rückgängig machen könne, wozu ihn Art. 2027 C. civ. an sich berechtigt, oder, da es sich um einen solidarischen Bürgen handelte, gemäß Art. 1215 C. civ. aufrechterhalten müsse. Der Kassationshof entschied sich, von Art. 2021 C. civ. ausgehend, für Art. 1215 C. civ. Aubry, in seiner Anm. zu diesem Urteil, vgl. D. 1882, 1, 441, rügt, daß es nicht notwendig gewesen wäre, wegen dieser Frage die ganze Problematik der Angleichung der solidarischen Bürgschaft an die Gesamtschuld aufzuwerfen. Es hätte genügt, sich bei der in Art. 2021 C. civ. enthaltenen Verweisung auf Art. 1203 C. civ. zu beschränken und dem Bürgen die Einrede der Teilung zu versagen, die in der Tat mit einer solidarischen Verpflichtung unvereinbar sei.

Ein kurz darauf ergangenes Urteil des Kassationshofs [1] bestätigte jedoch erneut, ohne ausdrücklich auf die abhängige Natur der solidarischen Bürgschaft einzugehen, daß sich der solidarische Bürge auf jede Befreiung des Hauptschuldners berufen könne. Umgekehrt hob der Kassationshof [2] wenig später die in Art. 2021 C. civ. enthaltene Verweisung auf die Vorschriften der Gesamtschuld hervor, beschränkte sich aber auf die Feststellung, daß sich Hauptschuldner und solidarischer Bürge gegenseitig verträten. Jeder Hinweis, ob sich das Einwendungsrecht des solidarischen Bürgen nach Art. 1208 C. civ. zu beurteilen habe, fehlt.

Zwei spätere Entscheidungen des Kassationshofs [3] hoben dagegen hervor, daß sich sowohl der einfache als auch der solidarische Bürge sich in einem akzessorischen Sinne verpflichteten. Die Solidarität ändere nicht die Natur der Bürgschaft, die eine abhängige Schuld bleibe, sondern modifiziere lediglich einige ihrer Wirkungen. Während die unteren Gerichte [4] dem zuerst gefällten, die Angleichung des solidarischen Bürgen an den Gesamtschuldner aussprechenden Urteil des Kassationshofs folgten und den solidarischen Bürgen im Hinblick auf das Einwendungsrecht wie einen Gesamtschuldner behandelten, verwies der Kassationshof in zwei späteren Entscheidungen [5] lediglich auf den Wortlaut des Art. 2021 C. civ., um die von ihm vorgenommene Anpassung der solidarischen Bürgschaft an die Gesamtschuld zu begründen. Die beiden Entscheidungen betrafen aber nicht die akzessorische Natur der Verpflichtung des solidarischen Bürgen oder dessen Einwendungsrecht, sondern berührten lediglich Fragen der Verfolgung des Bürgen durch den Gläubiger. Der Kassationshof stellte fest, daß dem Gläubiger das Recht zustehe, den solidarischen Bürgen wegen der ganzen, ungeteilten Forderung verfolgen zu dürfen [6], daß andererseits Hauptschuldner und solidarischer Bürge sich gegenseitig verträten, die Unterbrechung der Verjährung der solidarischen Bürgschaft daher zur Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld führe [7].

---

1) Civ. D.P. 1884,1,180,182.
2) Civ. D. 1886,1,251.
3) Civ. D. 1890,1,228 und Req. S. 1911,1,529 mit zustimmender Anm. von Wahl.
4) Aix D.P. 1914,2.113; Bastia D. 1916,2,20 und Trib. de la Seine D. 1916,2,35.
5) Civ. D. 1923,1,112 und Req. D. 1931,1,73 mit zustimmender Anm. von Holleaux.
6) Civ. D. 1923,1,112.
7) Req. D. 1931,1,73.

Erst 1939 hat dann der Kassationshof [1] seine anfängliche, den solidarischen Bürgen in seinen Beziehungen zum Gläubiger an den Gesamtschuldner angleichende Rechtsprechung bestätigt und im Anschluß an einen zu seinem Urteil angefertigten Bericht [2] erneut entschieden, daß das Einwendungsrecht des solidarischen Bürgen wegen der in Art. 2021 C. civ. enthaltenen Verweisung auf die Prinzipien der Gesamtschuld nach Art. 1208 C. civ. und nicht nach der für den Bürgen geltenden Vorschrift des Art. 2036 C. civ. zu bestimmen sei.

Die Rechtsprechung [3] hat es andererseits stets abgelehnt, dem solidarischen Bürgen die Einrede der cession d'actions des Art. 2037 C. civ. zu versagen, obwohl sie das Verhältnis zum Gläubiger ebenso wie die beiden Einreden der Vorausklage und der Teilung berührt. Dieser Umstand hat jedoch die Rechtsprechung nicht gehindert, die solidarische Bürgschaft im Hinblick auf den Gläubiger an die Gesamtschuld anzugleichen [4].

b) Die solidarische Bürgschaft bleibt Bürgschaft.

Die in der Literatur vorherrschende Auffassung [5] sieht im solidarischen Bürgen trotz Art. 2021 C. civ. einen wirklichen Bürgen. Die mit dem Gläubiger verein-

---

1) Req. S. 1939,1,161 mit ablehnender Anm. von Roubier.

2) Rapport Dumas zu Req. S. 1939,1,161.

3) Civ. D. 1911,1,253; Req. D.A. 1943, J. 21 und Paris Gaz. Pal. 1951,1, 14.

4) Eine Minderheit in der Literatur teilt die Auffassung der Rechtsprechung, vgl. Josserand, Nr. 1499; Duranton, Nr. 332; Savatier, S. 132; Morandière III, Nr. 548; Fuzier-Herman, Nr. 17 und Art. 2011 C. civ. und vor allem Sigalas, Nr. 51 ff; vgl. weiter Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1406.
Nach Dalloz I, Nr. 233, S. 552 und Nr. 237, S. 553 ist die solidarische Bürgschaft ebenfalls der Gesamtschuld anzugleichen. Doch wird in Nr. 238, S. 553 auf den akzessorischen Charakter der solidarischen Bürgschaft hingewiesen, da sie nicht umfangreicher als die Hauptschuld sein könne. In Nr. 241, S. 553 und Nr. 254 und 256, S. 555 wird sogar ausdrücklich die Meinung vertreten, daß sich das Einwendungsrecht des solidarischen Bürgen nach der für den Bürgen in Frage kommenden Bestimmung des Art. 2036 C. civ. richte.

5) Troplong, Nr. 522; Ponsot, Nr. 368; Pont, Nr. 13; Laurent XXVIII, Nr. 297; Santerre, Nr. 272 bis III; Aubry, Anm. zu Req. D. 1882,1,441; Thaller, RcLJ 1883, S. 367; Guillouard, Nr. 125 und 231; Nigoul, S. 48 und 49; Huc XII, Nr. 195; Levillain, Anm. zu Civ. D. 1902,1,419;

barte Solidarität ändere nichts daran, daß die solidarische Bürgschaft eine Bürgschaft, die, im Gegensatz zur Gesamtschuld, nicht umfangreicher als die Hauptschuld sein könne [1]. Eine wesentliche Bedeutung komme dabei dem Umstand zu, daß sich der solidarische Bürge "für" einen andern und nicht, wie der Gesamtschuldner, "mit" einem andern verpflichte. Er trete zu der Hauptverbindlichkeit hinzu und sichere deren Erfüllung, während der Gesamtschuldner sich im eigenen Namen verpflichte und die Hauptschuld als eigene Verpflichtung übernehme [2].

Art. 2021 C. civ., der selbstverständlich im Rahmen der solidarischen Bürgschaft eine wichtige Rolle spiele, stehe dieser Auslegung der solidarischen Bürgschaft nicht entgegen. Man müsse in diesem Zusammenhang davon ausgehen, daß die dem einfachen Bürgen zustehenden Einreden der Vorausklage und der Teilung geeignet seien, die Wirksamkeit der Bürgschaft als Sicherungsinstrument zu beeinträchtigen. Der Gläubiger verlange daher meistens vom Bürgen, sich solidarisch zu verbürgen, um auf diese Weise die durch die Bürgschaft vermittelte Sicherheit zu verstärken [3]. Die damit zur Anwendung kommenden Regeln der Solidarität beschränkten sich aber auf Fragen der schnellen und wirksamen Verfolgung des solidarischen Bürgen, der nur insoweit einem Gesamtschuldner anzugleichen sei [4]. Das gelte einmal für die bereits in Art. 2021 C. civ. behandelte Einrede der Vorausklage [5]. Dem Bürgen sei außerdem die Einrede der Teilung zu versagen, da sie mit einer solidarischen Verpflichtung, sei sie hauptsächli-

---

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 20:

Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 919; Dalloz, Nouveau Code Civil, Nr. 60 zu Art. 2011 C. civ. und Nr. 98 zu Art. 2021 C. civ. Wahl, Anm. zu Req. S. 1911, 1, 529 und 530; Roubier, Anm. zu Req. S. 1939, 1, 161, 162; Marty, RtDC 1939, S. 783 und 784; Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Aubry et Rau VI, § 423, S. 271; Ripert-Boulanger II, Nr. 1896; Juris-Clausseur civil, Art. 2021-2027, Nr. 54 und 131.

1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 968; Roubier, Anm. zu Req. S. 1939, 1, 162; Marty, RtDC 1939, S. 784 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1896.

2) Aubry, Anm. zu Req. D. 1882, 1, 441; Levillain, Anm. zu Civ. D. 1902, 1, 419; Marty, RtDC 1939, S. 784; Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Mazeaud III, Nr. 49.

3) Mazeaud III, Nr. 49 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1896.

4) Troplong, Nr. 522 und Huc XII, Nr. 195.

5) vgl. Laurent XXVIII, Nr. 206; Santerre, Nr. 272 bis III; Wahl, Anm. zu Req. S. 1911, 1, 530; Planiol-Ripert XI, Nr. 1539.

cher oder akzessorischer Natur, in der Tat nicht zu vereinbaren sei [1]. Die Wirkung der solidarischen Verbürgung bestehe also darin, dem solidarischen Bürgen sowohl die Einrede der Vorausklage als auch die der Teilung zu nehmen, so daß der Gläubiger den solidarischen Bürgen wie den Gesamtschuldner sofort und, sind mehrere Bürgen vorhanden, wegen der ganzen Forderung belangen könne [2].

Die solidarische Verbürgung habe weiter zur Folge, daß das zwischen den Gesamtschuldnern geltende Prinzip der gegenseitigen Vertretung und die daraus abzuleitenden nebensächlichen Wirkungen auch auf die zwischen dem solidarischen Bürgen und dem Hauptschuldner bestehenden Beziehungen Anwendung finde [3]. Werde die Verjährung der Hauptschuld unterbrochen, führe dies auch zur Unterbrechung der Verjährung der solidarischen Bürgschaftsverpflichtung und umgekehrt [4]. Ebenso wirke die Rechtskraft einer gegen den Hauptschuldner ergangenen Entscheidung für und gegen den solidarischen Bürgen, wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber dem solidarischen Bürgen entsprechende Wirkung gegenüber dem Hauptschuldner habe [5]. Mit der Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Vertretung, vor allem aber mit der Versagung der beiden Einreden der Vorausklage und der Teilung erschöpfte sich die in Art. 2021 C. civ. enthaltene Verweisung auf die Gesamtschuld. Im übrigen kämen die Vorschriften der Bürgschaft zur Anwendung, da einer völligen Angleichung an die Regeln der Gesamtschuld bereits die Stellung des Art. 2021 C. civ. im Rahmen der Bürgschaftsbestimmungen widerspräche [6]. Art. 2021 C. civ. leite nämlich den ersten Abschnitt des zweiten Kapitels ein, in dem allgemein von den Wirkungen der Bürgschaft die Rede sei. Da der erste Abschnitt, der die Wirkungen der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Bürgen beschreibe, lediglich die Einrede der Vorausklage und der Teilung behandle, könne die Verweisung auf die Gesamtschuld auch nur für diese beiden

---

1) vgl. Aubry, Anm. zu Req. D. 1882,1,441; Nigoul, S. 47; Dalloz, Nouveau Code Civil, Nr. 100 zu Art. 2021 C. civ.; Juris Classeur civil, Art. 2011-2927, Nr. 123-125.

2) vgl. Huc XII, Nr. 195 und 261; Marty, RtDC 1939, S. 784; Aubry et Rau VI, § 423, S. 271; Ripert-Boulanger II, Nr. 1895; Mazeaud III, Nr. 49; Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1267.

3) vgl. Planiol-Ripert XI, Nr. 1539 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1896.

4) vgl. Aubry et Rau VI, § 423, S. 272 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1896.

5) vgl. Planiol-Ripert XI, Nr. 1539 und Mazeaud III, Nr. 49.

6) vgl. Troplong, Nr. 522; Santerre, Nr. 272 bis IV; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 919; Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Mazeaud III, Nr. 49

Punkte Geltung beanspruchen [1].

Ebensowenig handle es sich bei der solidarischen Bürgschaft um eine Verpflichtung im Sinne des Art. 1216 C. civ. In der zwischen Gläubiger und solidarischem Bürgen geschlossenen Vereinbarung heiße es nicht, daß sich der solidarische Bürge solidarisch verpflichte, sondern solidarisch verbürge, wobei die Idee der Bürgschaft vorherrsche [2]. Hinzu komme, daß die solidarische Bürgschaft im Rahmen der Bürgschaft geregelt sei, während sich Art. 1216 C. civ. unter den Bestimmungen der Gesamtschuld befinde und keinen Hinweis enthalte, ob die solidarische Bürgschaft unter seinen Anwendungsbereich falle [3].

Trotz Art. 1216 und Art. 2021 C. civ., der jedoch nicht als Ausdruck einer allgemeinen Theorie aufgefaßt werden dürfe [4], bestünden daher zwischen dem solidarischen Bürgen, der für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einstehe [5] und dem hinzutretenden Gesamtschuldner, der praktisch ein zweiter Hauptschuldner werde, entscheidende Unterschiede. Die Solidarität sei nur eine Modalität der Bürgschaftsverpflichtung, und lasse die solidarische Bürgschaft nicht zur Gesamtschuld werden [6]. Eine solche Angleichung, die zu absolut wäre, könne vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen sein [7], da man sonst, habe man es mit einem solidarischen Bürgen zu tun, besser von einem Gesamtschuldner und nicht mehr von einem Bürgen spräche [8].

Die Rechtsprechung habe im übrigen die Angleichung der solidarischen Bürgschaft an die Gesamtschuld nicht konsequent vorgenommen, da sie dem solidarischen Bürgen weiterhin die Einrede der cession d'actions des Art. 2037 gewäh-

---

1) vgl. Guillouard, Nr. 125 und Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 919.
2) Santerre, Nr. 272 bis III; ähnlich Mazeaud III, Nr. 50.
3) Guillouard, Nr. 24; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 919 und Nigoul, S. 48 und 49.
4) Santerre, Nr. 272 bis III.
5) Ripert-Boulanger II, Nr. 1896 und Mazeaud III, Nr. 49.
6) Guillouard, Nr. 24; Dalloz, Nouveau Code Civil, Anm. 60 zu Art. 2021 C. civ.
7) Laurent XXVIII, Nr. 297, der eine solche Interpretation als absurd bezeichnet; vgl. weiter Aubry, Anm. zu Req. D, 1882,1,441; Dalloz, Nouveau Code Civil, Anm. 99 zu Art. 2021 C. civ.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 919 und Mazeaud III, Nr. 49, da eine volle Angleichung zu weit gehe und die Absicht der Parteien verkenne.
8) Roubier, Anm. zu Req. S. 1939,1,162; ähnlich Nigoul, S. 48 und 49 und Mazeaud III, Nr. 50.

re [1], obwohl diese Einrede, ebenso wie die beiden anderen Einreden der Vorausklage und der Teilung, das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen berühre und dem Gesamtschuldner daher versagt sei [2]. Außerdem dürfe sich der solidarische Bürge auf die vom Hauptschuldner geleistete Erfüllung an Zahlungs Statt, die gemäß Art. 2038 C. civ. Hauptschuld und Bürgschaft zum Erlöschen bringe, berufen [3], während der Gesamtschuldner, leiste einer der anderen Gesamtschuldner an Zahlungs Statt, nicht befreit werde, da eine Art. 2038 C. civ. vergleichbare Bestimmung im Rahmen der Gesamtschuld fehle [4].

Schließlich wird darauf hingewiesen [5], daß der Gesetzgeber selbst zwischen dem solidarischen Bürgen und dem Gesamtschuldner unterschieden habe. Im Gesetz vom 12. 7. 1937, betreffend die Gewährung von Zahlungsfristen gegenüber redlichen Schuldnern und die Regelung von landwirtschaftlichen Schulden [6], habe er nämlich in Art. 1 Abs. 9 ausdrücklich bestimmt, daß die einem Hauptschuldner gesetzlich gewährte Stundung auch dem solidarischen Bürgen zugute komme, während ihre Geltendmachung dem Gesamtschuldner nach Abs. 10 des gleichen Artikels versagt sei. Daraus müsse gefolgert werden, daß der Gesetzgeber die solidarische Bürgschaft nicht auf eine Stufe mit dem Gesamtschuldner habe stellen wollen. Das Einwendungsrecht des solidarischen Bürgen sei daher nicht nach der für den Gesamtschuldner geltenden Vorschrift des Art. 1208 C. civ. sondern, da die solidarische Bürgschaft eine Bürgschaft bleibe, nach der für den Bürgen in Frage kommenden Bestimmung des Art. 2036 C. civ. zu beurteilen [7].

---

1) Roubier, Anm. zu Req. S. 1939,1.162; Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Juris-Classeur civil, Art. 2021-2027, Nr. 56, und Art. 2034-2039, Nr. 91 sowie die dort weiter angegebenen Literaturhinweise.
Zur Rechtsprechung vgl., statt vieler, Req. D.A. 1943, J. 21.

2) Sigalas, Nr. 91 bis und Planiol-Ripert XI, Nr. 1539.

3) Juris-Classeur civil, Art. 2034-2039, Nr. 69 da der solidarische Bürge ein wirklicher Bürge bleibe und Com. D. 1966, 353.

4) Sigalas, Nr. 122.

5) Roubier, Anm. zu Req. S. 1939,1,162.

6) Journal officiel vom 14. 7. 1937, S. 7955.

7) Roubier, Anm. zu Req. S. 1939,1,162.
Ebenso Troplong, Nr. 522; Laurent XXVIII, Nr. 197; Santerre, Nr. 272 bis III; Guillouard, Nr. 231; Huc XII, Nr. 262; Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 1138; Dalloz, Nouveau Code Civil, Nr. 27 zu Art. 2036 C. civ.; Marty, RtDC 1939, S. 784; Juris-Classeur civil, Art. 2034-2039, Nr. 40;
Ripert-Boulanger II, Nr. 1896; Dalloz, Nouveau Répertoire, Nr. 67, S. 598.

C. Die Abhängigkeit der Bürgschaft

I. Die historische Entwicklung der Abhängigkeit der Bürgschaft

1. Im römischen Recht.

Die älteste Bürgschaftsform ist die sponsio [1]. Da ihre Verwendung auf die römischen Bürger beschränkt blieb, entwickelte sich eine der sponsio im übrigen entsprechende Form, die fidepromissio [2], die auch Nichtrömern zugänglich war [3]. Sponsio und fidepromissio versprachen dem Gläubiger die gleiche Leistung wie der Hauptschuldner [4]. Ihre Verpflichtung wurde, anknüpfend an das mündliche Versprechen des Hauptschuldners, der verborum obligatio, durch die Formel begründet: idem dari spondes? spondeo oder idem fidepromittis? fidepromitto [5]. Sponsio und fidepromissio waren aber nur in formeller Weise mit der Hauptschuld verbunden und lehnten sich an das Verpflichtungsgeschäft des Hauptschuldners und nicht an die Hauptverpflichtung an [6]. Die Verbundenheit der beiden Bürgschaftsformen mit der Hauptschuld rührte lediglich aus der Identität

---

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 24:

Vgl. weiter Dalloz I, Nr. 241, S. 553, obwohl er noch in Nr. 237, S. 553 sich für Art. 1208 C. civ. ausspricht und Planiol-Ripert XI, Nr. 1539, die darauf hinweisen, daß der solidarische Bürge die dem Hauptschuldner zustehende Aufrechnung gemäß Art. 1204 Abs. 1 C. civ. einwenden dürfe, während sie der Gesamtschuldner nach Art. 1294 Abs. 3 C. civ. nicht geltend machen könne.

Selbst Sigalas, Nr. 116, der den solidarischen Bürgen dem solidarischen Mitverpflichteten des Art. 1216 C. civ. gleichstellt, betont, daß die solidarische Bürgschaft letztlich kein der Hauptschuld intergrierter Teil wie die solidarische Verpflichtung des Art. 1216 C. civ. sei, daher bezüglich der Erlöschungsgründe mit dem nach Art. 1216 C. civ. solidarisch Verpflichteten nicht identifiziert werden könne, vgl. Nr. 126.

1) Jörs-Kunkel, S. 214.
2) Jörs-Kunkel, S. 214 und Macqueron, Droit Romain, S. 347.
3) Jörs-Kunkel, S. 214.
4) Flume, S. 27; Macqueron, Droit Romain, S. 347 und Jörs-Kunkel, S. 214.
5) Flume, S. 28; Jörs-Kunkel, S. 214 und Macqueron, Droit Romain, S. 348.
6) Flume, S. 25.
Nach Levy, S. 40 sind sponsor und fidepromissor zwei gleichverpflichtete Hauptschuldner (correi debendi).

der von ihnen geschuldeten Leistungen her. Der Gläubiger durfte den sponsor oder fidepromissor wie einen Gesamtschuldner verfolgen [1]. Sponsio und fidepromissio waren insoweit von der Hauptschuld abhängig, als ihre Entstehung ein gültiges, die Hauptschuld begründendes Stipulations- oder Verpflichtungsgeschäft voraussetzte [2] und nicht umfangreicher als die darin vereinbarte Verpflichtung des Hauptschuldners sein durfte [3]. Doch einmal entstanden, führten sponsio und fidepromissio ein unabhängiges Leben weiter. Die spätere Aufhebung des Verpflichtungsgeschäfts oder der Wegfall der Hauptschuld berührten ihre Existenz nicht [4].

Die Beschränkung der sponsio und fidepromissio auf Verbalobligationen führte zur Entstehung der fideussio, die sponsio und fidepromissio ablöste [5]. Sie konnte für Verbindlichkeiten aller Art begründet werden [6]. Der fideiussor versprach nicht mehr die gleiche Leistung wie der Hauptschuldner, das idem, sondern stand für die Erfüllung der vom Hauptschuldner geschuldeten Leistung ein. Er haftete dafür, daß der Hauptschuldner leistete. Darin liegt der Sinn des Wortes fides [7]. Die fideiussio lehnte sich auch nicht mehr an das Verpflichtungsgeschäft, sondern an die Hauptverpflichtung selbst an [8]. D eser Unterschied zu sponsio und fidepromissio wirkte sich auf die Form der Bürgschaftsstipulation aus. Sie fragte jetzt, ob der fideiussor für die Erfüllung der Leistung einstehe: Quod Maevius debet, id fide tua esse iubes? iubeo [9]. Trotz möglicher Gleichheit des Leistungsgegenstands wurde er nicht Mitschuldner [10], da bei einer Verbürgung

---

1) Macqueron, S. 71 und Jörs-Kunkel, S. 214.
2) Girtanner, S. 7 und Flume, S. 63
Nach Levy, S. 44 kann man deshalb nicht von zwei abhängigen Verpflichtungen sprechen.
3) Hasenbalg, S. 15; Flume, S. 62 und Macqueron, S. 82 und 83.
4) Flume, S. 82.
5) Macqueron, S. 115 und Jörs-Kunkel, S. 214.
Zur Entstehungsgeschichte im einzelnen vgl. Flume, S. 39 ff. und Levy, S. 129 ff.
6) Macqueron, Droit Romain, S. 352.
7) Macqueron, S. 117 und 123 und Flume, S. 52, 53, 54.
8) Jörs-Kunkel, S. 214 und Macqueron, S. 124.
9) Flume, S. 62 und 63 und Jörs-Kunkel, S. 214.
10) Macqueron, S. 117; Jörs-Kunkel, S. 214 und Flume, S. 63.
a.A. Girtanner, S. 476 und Hasenbalg, S. 179, nach denen der fideiussor die gleiche Leistung wie der Hauptschuldner schuldete.

für höchstpersönliche Leistungen Schadenersatz wegen Nichterfüllung geschuldet wurde [1].

Aus der Anlehnung an die Hauptverbindlichkeit folgt, daß die fideiussio nur entstehen konnte, wenn bereits eine Hauptschuld begründet worden war [2]. Sie war, im Hinblick auf die Entstehung, von der Hauptschuld abhängig [3] und durfte, da sie der Sicherstellung des Gläubigers diente [4], keinen größeren Umfang als die Hauptverbindlichkeit haben [5]. Eine fideiussio in duriorem causam oder in aliam rem war daher nichtig [6].

Die Abhängigkeit beschränkte sich jedoch auf die Entstehung [7]. Zwar erlosch die fideiussio, wenn die Hauptschuld durch Zahlung, Aufrechnung, Novation oder Konfusion unterging [8]. Auch war der fideiussor berechtigt, dem Gläubiger gegenüber alle sich auf die Hauptschuld beziehenden Einreden (rei cohaerentes), wie beispielsweise die Verjährung, geltend zu machen [9], während ihm die dem Hauptschuldner persönlich zustehenden Einreden (personae cohaerentes) versagt blieben [10]. Doch war das Einrederecht des fideiussor ein Werk der Jurisprudenz [11], das ihm wegen der sonst eingeschränkten Regreßmöglichkeit gegenüber dem Hauptschuldner zugebilligt worden war, da die einzelnen Einreden auch der Regreßforderung entgegengestanden hätten [12].

Fiel dagegen der Hauptschuldner weg und erlosch dadurch die Hauptverbindlichkeit, blieb die Verpflichtung des fideiussor unberührt und führte ein eigenständi-

---

1) Flume, S. 54.
2) Flume, S. 62.
3) Macqueron, Droit Romain, S. 352.
Die Klagbarkeit der Hauptschuld war für die Entstehung keine Voraussetzung, da eine Naturalobligation als Basis genügte, vgl. Hasenbalg, S. 116 und Macqueron, S. 132 ff. a.A. Levy, S. 97.
4) Hasenbalg, S. 197.
5) Hasenbalg, S. 179.
6) Girtanner, S. 35 und Hasenbalg, S. 179.
7) Flume, S. 121.
8) Macqueron, Droit Romain, S. 352 und Hasenbalg, S. 633.
9) Hasenbalg, S. 158 und Girtanner, S. 45.
10) Macqueron, S. 198.
11) Geib, S. 106.
12) Flume, S. 129.
Der Grundgedanke des Einrederechts liegt daher nicht in der Abhängigkeit der fideiussio, so Girtanner, S. 45, sondern im Schutz des fideiussors, vgl. Geib, S. 107 und Flume, S. 148.

ges Leben weiter [1]). Es muß daher angenommen werden, daß die Jurisprudenz die für sponsio und fidepromissio geltenden Regeln, nach denen der Wegfall des Hauptschuldners die beiden Bürgschaftsstipulationen nicht berührte, auf die fideiussio übertragen hat [2]). Der in der Folgezeit stattfindende Verschmelzungsprozeß zwischen sponsio, fidepromissio und fideiussio hat dann nur noch die fideiussio übrig gelassen [3]).

Zusammenfassend darf man feststellen, daß dem römischen Recht der klassischen, wie der nachklassischen und justinianischen Zeit ein im modernen Sinn verstandenes Akzessorietätsprinzip fremd war [4]). Der bei Gaius 3,126 [5]) auftauchende Ausdruck "accessio" besagte nur, daß der Bürge, dessen Verpflichtung zu der Hauptschuld hinzutrat, nicht zu mehr als der Hauptschuldner verpflichtet werden konnte [6]). Der Begriff der Akzession darf daher nicht mit dem der Akzessorietät auf eine Stufe gestellt werden [7]). Der Ausdruck "accessio" ist andererseits nicht einheitlich in den Rechtsquellen verwandt, sondern auch in einer die Bürgschaft nicht berührenden Weise gebraucht worden [8]). Wenn dem römischen Recht somit das Akzessorietätsprinzip fremd geblieben war, hat es doch eine Abhängigkeit der Bürgschaft, wenn auch schwächeren Grades, von der Hauptschuld gekannt [9]).

---

1) Flume, S. 81 und 93 ff. und Macqueron, Droit Romain, S. 352.
2) Flume, S. 97.
3) Jörs-Kunkel, S. 215 und Flume, S. 125.
4) Westerkamp, S. 56 und 57 und Flume, S. 145.
5) "Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur; nam eorum obligatio accessio est principalis obligationes nec plus in accessione esse potest quam in principal re", zitiert aus Corpus Iuris Civiles, von Krüger und Mommsen, JIII 20.
6) Flume, S. 5.
7) Westerkamp, S. 53; Flume, S. 8 und Jörs-Kunkel, S. 213, Fußnote 3.
8) Die accessio ist bald für den Bürgen oder die Bürgschaft, bald ganz allgemein gebraucht worden, vgl. Westerkamp, S. 52 und 53; vgl. weiter Flume, S. 5.
9) Westerkamp, S. 57.

2. Im gemeinen Recht [1].

Die Rezeption des römischen Rechts hat sich auch auf die Bürgschaft erstreckt. Zweck, Natur und Eigenschaft der gemeinrechtlichen Bürgschaft wurde von den gleichen römischen Rechtsquellen bestimmt, die bereits das Bild der fideiussio prägten [2].

Der Gläubiger erhielt im Bürgen einen vom Hauptschuldner verschiedenen Schuldner, der dem Gläubiger die Erfüllung seiner Forderung versprach, falls der Hauptschuldner seine Leistung nicht erbrachte [3]. Die aus dem Sicherungscharakter der Bürgschaft folgende Abhängigkeit, die schon für die fideiussio, wenn auch nicht als Grundsatz galt, ist hingegen von der gemeinrechtlichen

---

1) Das germanische Recht faßte das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen ursprünglich als Treuhandverhältnis auf, das dem Schutz des Schuldners diente, vgl. Beyerle, S. 600. Der Gestellungsbürge hatte den säumigen Schuldner zum Gerichtstag zu bringen, wo der Schuldner, falls nicht von seiner Sippe ausgelöst, dem Gläubiger überantwortet wurde. Damit hatte der Bürge seiner Rechtspflicht genügt, vgl. Beyerle, S. 585 und 588. Der spätere Exekutionsbürge mußte zuerst versuchen, den Besitz des Schuldners zu pfänden, wobei das Gepfändete auf eigene Gefahr zum Gläubiger zu schaffen war, ehe er den Schuldner "gestellte", vgl. Beyerle, S. 590. Bis zu diesem Zeitpunkt konnte sich der Schuldner durch Stellung eines Bürgen der Festnahme durch den Gläubiger entziehen, um Zeit für die Beschaffung der notwendigen Zahlungsmittel zu haben. Solange wurde der Schuldner dem Bürgen "anvertraut", der aufgrund des zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Treuhandverhältnisses Gestellung schuldete, die mit Hingabe des Schuldners oder später des Pfandes endete, vgl. Beyerle, S. 599 und 607. Sinn und Zweck der Gestellungs- oder Exekutionsbürgschaft ist es somit gewesen, den Schuldner vor der Verfolgung durch den Gläubiger zu schützen. Der Ursprung der germanisch rechtlichen Bürgschaft liegt daher in der schützenden Treuhand des Bürgen, vgl. Beyerle, S. 621. Erst später entwickelte sich der Bürge zu einem Zahlbürgen, der neben dem Hauptschuldner für die Erfüllung der Verbindlichkeit einzustehen hatte, vgl. Beyerle, S. 592, 618 und 620.

2) Nach Girtanner, S. 381 entspricht die Bürgschaft des gemeinen Rechts der römischen fideiussio, ebenso Dernburg, Pandekten, S. 211. a.A. Hasenbalg, S. 861.

3) Windscheid-Kipp, § 476, S. 1079; Dernburg, Pandekten, S. 207 und Girtanner, S. 315.

Wissenschaft [1] als ein der Bürgschaft innewohnendes Prinzip verstanden worden. Die Bürgschaft tritt nicht mehr als bloße accessio der Hauptverbindlichkeit hinzu, sondern wird als ein wirkliches akzessorisches Gebilde begriffen, das ohne eine bereits bestehende, gültige Hauptschuld nicht entstehen kann [2].

In dieser Voraussetzung erschöpfte sich aber das gemeinrechtlich verstandene Akzessorietätsprinzip, da nur im Hinblick auf die Entstehung Übereinstimmung über die Abhängigkeit der Bürgschaft herrschte [3]. Die theoretische Erörterung der Akzessorietät schloß zwar auch die Abhängigkeit vom weiteren Bestand der Hauptschuld ein. Eine über die Entstehung hinausgehende Abhängigkeit hat aber keine praktische Bedeutung gefunden [4]. Die Gründe dafür dürften letzten Endes in den römischen Rechtsquellen selbst liegen, die verschieden interpretiert worden sind und eine Fortbildung des Akzessorietätsprinzips im gemeinen Recht verhindert haben [5].

Unbestritten jedoch war, daß die Bürgschaft erlosch, wenn die Hauptschuld durch Zahlung, Erfüllungssurrogate, Aufrechnung, Novation oder Konfusion untergegangen war [6]. Der Grund des Erlöschens der Bürgschaft wurde aber weniger in ihrer akzessorischen Natur als in dem Umstand gesehen, daß die Bürg-

---

1) vgl. Dernburg, Pandekten, S. 213; Sintenis, S. 826; Pagenstecher, S. 585; Hasenbalg, S. 89 ff; Girtanner, S. 315; vgl. weiter Westerkamp, S. 58. Windscheid-Kipp, § 477, S. 1082 ff. vermeiden es jedoch, die Bürgschaft als akzessorische Schuld zu bezeichnen, zählen aber die daraus resultierenden Wirkungen ebenso auf.

2) Eine Naturalobligation, wie auch eine künftige oder bedingte Schuld konnten wirksam verbürgt werden, vgl. Windscheid-Kipp, § 477 1a und Girtanner, S. 382. Im Anschluß an das römische Recht wurde weiter gefolgert, daß eine Bürgschaft in duriorem causam nichtig sei, vgl. Hasenbalg, S. 179; Girtanner, S. 382 und Westerkamp, S. 59.
a.A. Dernburg, Pandekten, S. 213, da der Bürge unter härteren Bedingungen verpflichtet werden könne.

3) Westerkamp, S. 58 und 61.

4) Westerkamp, S. 75.

5) Westerkamp, S. 60 und 61.
So ist beispielsweise das Einrederecht des Bürgen verschieden begründet worden, vgl. im einzelnen Girtanner, S. 45, 73 ff., 384 ff. und 486 ff.; Hasenbalg, S. 327 ff. und Geib, S. 106.

6) Hasenbalg, S. 633.

schaft diese Erlöschensgründe mit den Korrealobligationen [1] gemein hatte [2]. Dabei wurde auf die römischen Rechtsquellen verwiesen, die die gleichen Untergangsmodalitäten kannten [3]. Im übrigen war es durchaus denkbar, daß die Bürgschaft trotz Wegfalls der Hauptschuld unberührt fortlebte [4].

Das gemeine Recht hat, dem römischen Recht folgend, dem Bürgen außerdem ein allgemeines Einrederecht zugesprochen [5]. Lediglich die höchstpersönlichen Einreden blieben dem Bürgen, wie schon dem fideiussor, versagt [6]. Strittig dabei war, ob das Einrederecht aus der Abhängigkeit von der Hauptschuld folge [7], aus dem Rückgriffsrecht des Bürgen abzuleiten [8] oder ein eigenes Recht des Bürgen sei [9]. Eine einheitliche Auffassung hat sich in dieser Frage nicht durchsetzen können [10].

So hat das gemeine Recht mit dem Ausbau der auf die Entstehung bezogenen Abhängigkeit zu einem Prinzip [11] einen einheitlichen Zug in das Bürgschaftsrecht gebracht und damit die weitgehende, auch in diesem Punkt herrschende Kasuistik beseitigt [12]. Eine darüber hinausgehende, auf den weiteren Bestand der Hauptschuld abzielende Abhängigkeit ist jedoch verneint worden, da keine sich

---

1) zum Begriff der Korrealobligation vgl. Windscheid-Kipp, § 293, S. 201 ff. und Rieck, S. 37 und 38.
2) Windscheid-Kipp, § 477 1b und Hasenbalg, S. 633 ff. Nach Girtanner, S. 513 ist die akzessorische Natur der Bürgschaft ohne Einfluß auf ihr Erlöschen.
3) Dernburg, Pandekten, S. 212 und Windscheid-Kipp, § 477 1b, Fußnote 13.
4) Girtanner, S. 513 stellt auf die Zweckerreichung ab. Erst wenn die Sicherung erreicht sei, bedürfe es nicht mehr der Bürgschaft, ähnlich Hasenbalg, S. 634 und 635 und Windscheid-Kipp, § 477 1b.
5) Dernburg, Pandekten, S. 215.
6) Dernburg, a. a. O.
7) so Sintenis, S. 829 und Pagenstecher, S. 585.
8) so Girtanner, S. 486.
9) so Hasenbalg, S. 327 und Geib, S. 106.
10) Westerkamp, S. 61.
In diesem Zusammenhang ist noch ergänzend hinzuzufügen, daß Holzschuher, S. 16 und Pagenstecher, S. 587 dem Bürgen solche Einreden verwehrten, die aus der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners herrührten.
11) Jörs-Kunkel, S. 213, Fußnote 3.
12) Westerkamp, S. 75.

darauf beziehende römische Quelle oder Einigkeit in ihrer Auslegung gefunden werden konnte [1].

3. Im altfranzösischen Recht [2].

Der Einfluß, den die Rezeption des römischen Rechts auf das altfranzösische Recht ausgeübt hat, zeigte sich bereits daran, daß der Bürge häufig als fidéjusseur bezeichnet wurde [3]. Der ebenfalls aus dem Lateinischen stammende Ausdruck "caution" setzte sich erst später durch.

Die Bürgschaft war im altfranzösischen Recht ein Vertrag, durch den sich jemand für einen Dritten gegenüber dem Gläubiger verpflichtete, ihn zu befriedigen, falls der Hauptschuldner infolge Leistungsunfähigkeit dazu nicht mehr in der Lage war [4]. Die Verpflichtung des Bürgen trat dabei zu der des Hauptschuldners hinzu, ohne sich mit ihr solidarisch zu verbinden [5].

---

1) Hasenbalg, S. 635.

2) Ehe das altfranzösische Recht in ganz Frankreich Geltung erlangen konnte, herrschte bis zum 16. Jahrhundert vor allem im Norden des Landes der germanisch rechtliche Einfluß vor. Während der fränkischen und feudalen Epoche im 12. bis 14. Jahrhundert verpflichtete sich der Bürge in einem solidarischen Sinne zur Zahlung eines Wehrgelds, falls der Schuldner, meist ein Mitglied der Sippe, nicht leistete. Der Gedanke der Akzessorietät war dem damaligen Recht noch fremd, vgl. dazu Sigalas, Nr. 29 und 30.
Im südlichen Teil des Landes unterschied man dagegen aufgrund der dort geltenden römischen Gesetze zwischen Bürgschaft und Solidarität, vgl. Sigalas, Nr. 27 und 28, sah sich aber lange Zeit dem nördlichen Einfluß, der die Trennung zwischen Bürgschaft und Solidarität einschränkte, ausgesetzt. Erst unter der anhaltenden Einwirkung des römischen Rechts hat sich im Laufe des 16. Jahrhunderts ein einheitlich geltendes Bürgschaftsrecht herangebildet, vgl. Sigalas, Nr. 27.

3) vgl. Pothier, Nr. 365.

4) Pothier, Nr. 380 und Ferrière, S. 338.

5) Dupérier, S. 299; Pothier, Nr. 365 und 380 und Ferrière, S. 338.
Der Bürge war berechtigt, dem Gläubiger die Einreden der Vorausklage und der Teilung entgegenzuhalten, vgl. Bourjon, S. 432; Dupérier, S. 298 und 299 und Chorier, S. 257, Art. X, Section VI. Hatte sich der Bürge dagegen solidarisch verbürgt, durfte er vom Gläubiger sofort wegen der ganzen Forderung in Anspruch genommen werden, vgl. Pothier, Nr. 408.

Die aus der Sicherungsfunktion resultierende Abhängigkeit der Bürgschaft [1] erfuhr hingegen im altfranzösischen Recht eine andere Deutung als im gemeinen Recht, was sich in zweierlei Hinsicht zeigte.

Die Verpflichtung des Bürgen war einmal akzessorisch im Hinblick auf die Entstehung [2]. Wie im römischen Recht konnte die Bürgschaft ohne Hauptschuld, die gültig sein mußte, nicht begründet werden. War die Hauptverbindlichkeit nichtig, konnte auch die Bürgschaft nicht wirksam entstehen [3]. Verpflichtete sich der Bürge zu mehr als der Hauptschuldner, war die Bürgschaft hinsichtlich des Mehr unwirksam [4].

Das altfranzösische Recht beschränkte jedoch die Abhängigkeit nicht nur auf die Entstehung, sondern dehnte sie auch auf den weiteren Bestand der Bürgschaft aus [5]. Daraus folgte, daß die Bürgschaft erlosch, wenn die Bürgschaft unterging, da die Bürgschaft als akzessorisches Sicherungsrecht die Hauptschuld nicht über-

---

1) L'obligation de la caution n'est que l'accessoire de l'obligation principale, vgl. Ferrière, Nr. 340.

2) Pothier, Nr. 366.

3) Ferrière, S. 340 und Pothier, Nr. 366.

4) Pothier, Nr. 368 und 375 und Ferrière, S. 340.

5) Pothier, Nr. 377.
Nach Sigalas, Nr. 22 ist dieses Ergebnis eine Folge der justinianischen Gesetzgebung, die die fideiussio als akzessorisch bezüglich der Entstehung und des weiteren Bestandes angesehen habe. Mit der Rezeption des römischen Rechts sei der unter Justinian geltende Abhängigkeitsgrundsatz in das altfranzösische Recht übernommen worden, vgl. derselbe, Nr. 31.
Macqueron stellt in einem an den Verfasser dieser Arbeit gerichteten Brief vom Dezember 1969 ebenfalls fest, daß Pothier ununterbrochen die Texte der Digesten zitiert und sie korrekt interpretiert habe. "Er hat die Lösungen des römischen Rechts nicht falsch wiedergegeben, sondern sie logisch und zusammenhängend vorgetragen... Pothier geht vom Akzessorietätsprinzip aus und leitet daraus eine ganze Reihe von Folgesätzen ab..., wobei jeder... Satz sich auf die Texte der Digesten stützt". Lediglich der Erlaß der Hauptschuld, der auch den Bürgen befreie, sei ein Ergebnis des altfranzösischen Rechts. Die gemeinrechtliche Wissenschaft vertrat dagegen die Auffassung, daß das Bürgschaftsrecht bei Justinian keine abgeschlossene Ausbildung erfahren habe, vgl.
Westerkamp, S. 46 und 49. Ein im modernen Sinn verstandenes Akzessoritätsprinzip habe die justinianische Epoche daher noch nicht gekannt, vgl. Flume, S. 5 und 145; Jörs-Kunkel, S. 213, Fußnote 3 und Westerkamp, S. 56 und 57.

leben konnte [1]. So wurde der Bürge befreit, wenn der Hauptschuldner seine Verpflichtung erfüllte oder die Hauptschuld im Wege der Novation oder Konfusion unterging [2]. Das gleiche Ergebnis trat ein, wenn der Hauptschuldner mit einer Gegenforderung aufrechnete [3] oder der Gläubiger die Hauptverbindlichkeit erließ [4].

Ausfluß der auf den Bestand der Bürgschaft erweiterten Abhängigkeit war auch das Recht des Bürgen, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen [5]. Das altfranzösische Recht, die Einteilung des römischen Rechts übernehmend, erlaubte dem Bürgen, sich auf alle Einreden zu berufen, die wie die Verjährung dem Hauptschuldverhältnis innewohnten [6]. Die höchstpersönlichen Einreden wie die Minderjährigkeit des Hauptschuldners blieben dem Bürgen dagegen versagt [7]. Ebenso blieb der Bürge in vollem Umfang verpflichtet, wenn dem in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Hauptschuldner im Wege einer besonderen, gerichtlich sanktionierten Vereinbarung (contrat d'atermoiment) ein Nachlaß gewährt worden war. Der Eingriff in die Hauptschuld beruhte auf rein persönlichen, sich nur auf den Hauptschuldner beziehenden Gründen und durfte sich daher auf die Verpflichtung des Bürgen nicht erstrecken [8].

Zusammenfassend darf festgestellt werden, daß das altfranzösische Recht ein anderes Verständnis von der Akzessorietät als das gemeine Recht gewonnen hatte. Die Bürgschaft war dauernd von der Hauptschuld abhängig, es sei denn, die Veränderung der Hauptschuld ließ sich auf ausschließlich persönliche Gründe des Hauptschuldners zurückführen.

---

1) Pothier, Nr. 406 und Bourjon, S. 434.
2) Pothier, Nr. 378 und 379 und Ferrière, S. 340, die sich auf alle drei genannten Erlöschensgründe beziehen.
3) Bourjon, S. 434 und Pothier, Nr. 377.
4) Ferrière, S. 340; Bourjon, S. 434 und Pothier, Nr. 377.
5) Pothier, Nr. 380; Ferrière, S. 342 und Bourjon, S. 434.
6) Pothier, Nr. 380 und Ferrière, S. 340 und 341.
7) Bourjon, S. 434.
8) Pothier, Nr. 380.
Der erlassene Teil blieb als Naturalobligation bestehen, für die allerdings eine wirksame Verbürgung möglich war, vgl. Pothier, a.a.O.

II. Die Abhängigkeit der Bürgschaft nach dem Recht des BGB und des Code civil

Nachdem das gemeine Recht, im Unterschied zum altfranzösischen Recht, nicht über eine auf die Entstehung beschränkte Abhängigkeit hinausgekommen war, stand lediglich der deutsche Gesetzgeber vor der Aufgabe, die weiteren Konsequenzen aus der Bürgschaft als einem Sicherungsgeschäft zu ziehen und zu entscheiden, ob die Bürgschaft auch vom weiteren Bestand der Hauptschuld abhängen sollte [1].

---

1) Verschiedene Partikulargesetzgebungen hatten inzwischen die Abhängigkeit der Bürgschaft weiter ausgedehnt. So beschränkte sich § 1346 des österreichischen ABGB nicht nur darauf zu sagen, daß der Bürge als Nachschuldner für die Befriedigung des Gläubigers einzustehen hat, falls der Hauptschuldner nicht leistet, sondern stellte in § 1363 ABGB fest, daß die Verbindlichkeit des Bürgen verhältnismäßig mit der des Schuldners zu bestehen aufhört. Wurde daher die Hauptverpflichtung des Schuldners ganz oder teilweise aufgehoben, erlosch im gleichen Maße die Nebenverbindlichkeit des Bürgen, vgl. Zeiler, Anm. 1 zu § 1363 ABGB und Nippel, Anm. 1 zu § 1363 ABGB. Der dem Hauptschuldner in einem Vergleich gewährte Erlaß kam auch dem Bürgen zugute, vgl. die Entscheidung des obersten Gerichts, Nr. 8150 in Riehl, S. 1065.
Ebenso durfte der Bürge die Verjährung der Hauptschuld geltend machen, vgl. die Entscheidung des obersten Gerichts, Nr. 3967 in Riehl, S. 1066. Auch das preußische Allgemeine Landrecht, das die Bürgschaft im I. Teil, 14. Titel in den §§ 200 ff. regelte, stellte einleitend fest, daß die Bürgschaft weder über den Gegenstand, auf den sie sich richtete, ausgedehnt, vgl. § 258 ALR, noch zu mehr, als der Hauptschuldner zu leisten hat, angehalten werden konnte, vgl. § 277 ALR. In § 310 ALR wurde zusätzlich bestimmt, daß die Rechte und Einwendungen des Hauptschuldners, welche die Forderung selbst betrafen, auch dem Bürgen zustatten kommen sollten. Nach § 385 ALR fiel seine Verpflichtung weg, wenn die Hauptverbindlichkeit zu bestehen aufgehört hatte. Die in einem Vergleich erfolgte Herabsetzung der Hauptschuld kam daher gemäß § 386 ALR auch dem Bürgen zugute.
Dagegen wurden nach § 198 Abs. 2 der preußischen Konkursordnung die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen nicht berührt, wenn dem Hauptschuldner im Konkurs vergleichsweise die Schuld erlassen worden war, vgl. Rehbein und Reincke, Fußnote 112 zu § 300 ALR, S. 138.

Der Bürge leistet an Stelle des Hauptschuldners. Er ersetzt dessen Leistung durch seine eigene, eine der Leistung des Hauptschuldners entsprechende Leistung [1]. Eine künftige gesetzliche Regelung hatte dafür zu sorgen, daß der Umfang der Bürgschaft auf das Schutzbedürfnis des Gläubigers beschränkt und die Verpflichtung des Bürgen auch nach der Entstehung vom Bestand der Hauptschuld weiter abhängig blieb [2].

Aus der Sicherungsfunktion der Bürgschaft ergibt sich somit von selbst, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend sein muß [3]. Die daraus folgende, dauernde Abhängigkeit, die der Bürgschaft nicht um ihrer selbst willen verliehen wird, sorgt dafür, daß der Gläubiger vom Bürgen das erhält, was er vom Hauptschuldner zu erhalten hat [4].

Der Gesetzgeber, diesen Gesichtspunkten Rechnung tragend, hat daher in den §§ 765 ff. BGB bestimmt, daß die Bürgschaft fortwährend von der zu sichernden Hauptschuld abhängig ist [5]. Nach § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB richtet sich die Verpflichtung des Bürgen nach dem jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit, während nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen darf [6]. Beide Vorschriften definieren hingegen nur die Bestimmung des § 765 Abs. 1 BGB, da bereits aus der dort dem Bürgen auferlegten Verpflichtung, für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit einzustehen, folgt, daß die Bürgschaft von der Hauptschuld abhängig sein muß.

Der französische Gesetzgeber konnte sich hingegen darauf beschränken, die schon im altfranzösischen Recht zum festen Bestandteil des Bürgschaftsrechts gewordene Abhängigkeit vom jeweiligen Bestand der Hauptschuld in einem entsprechenden Gesetzeswortlaut zu fassen. So ist auch die Bürgschaft des Code ci-

---

1) v. Godin in RGRKomm. z. HGB, Anm. 9 zu § 349 HGB.

2) Esser II, § 87 I 3.

3) Bettermann, NJW 1953, 1817 und Enneccerus-Lehmann, § 191 II.

4) Staudinger-Brändl, Vbem. 11 zu § 765 BGB und v. Godin in RGRKomm. z. HGB, Anm. 9 zu § 349 HGB.

5) vgl. dazu Motive II, S. 659, 660 und 664.
Die Protokolle II, S. 464 sprechen vom streng akzessorischen Charakter der Bürgschaft, ebenso Gierke, Entwurf, S. 257 und 258.
Nach RGZ 148, 66 gehört die Abhängigkeit zum Wesen der Bürgschaft, vgl. weiter Westerkamp, S. 76 und 77.

6) vgl. dazu Motive II, S. 661 und 662.

vil ein akzessorischer Vertrag [1]. Die Abhängigkeit von der Hauptschuld [2] widerspiegelt sich dabei besonders in Art. 2012 Abs. 1 C. civ., der zur Begründung der Bürgschaft eine gültige Hauptverbindlichkeit voraussetzt. Nach Art. 2013 Abs. 1 C. civ. darf die Verpflichtung nicht über die Hauptschuld hinausgehen oder unter schwereren Bedingungen eingegangen werden. Weiter darf der Bürge nach Art. 2036 Abs. 1 C. civ. alle der Hauptschuld innewohnenden Einwendungen geltend machen. Doch legen auch diese Einzelvorschriften nur die in Art. 2011 C. civ. beschriebene Verpflichtung des Bürgen aus, den Gläubiger an Stelle des leistungsunfähig gewordenen Hauptschuldners zu befriedigen [3].

Ein erster, allgemeiner Vergleich zeigt, daß beide Rechtskreise die ursprünglich in ihrem Ausmaß verschieden beurteilte Akzessorietät jetzt als Abhängigkeit verstehen, die sich auf Entstehung und Bestand der Hauptschuld bezieht.

1. Die Abhängigkeit im Hinblick auf die Entstehung.

Die Bürgschaft, die ohne Hauptschuld nicht entstehen kann, gewinnt erst durch deren Vorhandensein einen Sinn [4]. Daraus leiten sich verschiedene Folgen ab.

a) Die Gültigkeit der Hauptschuld.

Die Hauptschuld muß wirksam entstanden sein [5]. Das BGB hat diese Voraussetzung nicht besonders gesetzlich geregelt, da sie sich von selbst versteht [6]. Unter Hauptverbindlichkeit wird in der Regel eine Forderung verstanden, die einklagbar ist [7].

---

1) Pont, Nr. 8 zu Art. 2011 C. civ.; Dalloz I, Nr. 5 S. 534, Ferid, S. 776. Mazeaud III, Nr. 13 spricht von der Bürgschaft als einem akzessorischen Geschäft.
2) Dalloz I, Nr. 6, S. 534.
3) Planiol, Nr. 1934; Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 84 und Colmar D. 1933, 2, 96.
4) Enneccerus-Lehmann, § 191 I 2, ebenso Aubry et Rau VI, § 423, S. 269.
5) v. Godin in RGRKomm. z. BGB, Anm. 3a zu § 349 BGB.
6) so die Motive II, S. 659.
7) Siber, S. 63 und 243; derselbe, JherJb 50, 107 und Enneccerus-Lehmann, § 3 I.

Der Code civil hat dagegen in Art. 2012 Abs. 1 bestimmt, daß die Bürgschaft nur entstehen kann, wenn eine gültige Verbindlichkeit zugrundeliegt [1]. Die zu sichernde Verbindlichkeit muß zwangsweise durchsetzbar sein [2].

aa) Die Hauptschuld ist nichtig.

a1) Nach dem Recht des BGB.

Ist die Hauptschuld von vornherein nichtig, ist die Bürgschaft unwirksam [3]. Sie ist nur dann nichtig, wenn sie der gleiche Nichtigkeitsgrund wie die Hauptschuld trifft [4]. Beschränkt sich dagegen die Nichtigkeit auf die Hauptschuld, ist die Bürgschaft als Rechtsgeschäft zwar gültig, aber ohne jede Wirksamkeit [5].

Der gleiche Rechtserfolg tritt ein, wenn das die Hauptschuld begründende Rechtsgeschäft wirksam angefochten wird und gemäß § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen ist [6].

a2) Nach dem Recht des Code civil.

Das die Hauptschuld begründende Rechtsgeschäft kann entweder absolut oder relativ nichtig sein [7]. Ist die Hauptschuld absolut nichtig, kann, da Art. 2012

---

1) vgl. dazu Locré, S. 318 und Savatier II, Nr. 878.

2) Ripert, La règle morale, Nr. 191 und Aubry et Rau IV, § 297 1.

3) Esser, II, § 87 I 3 und Düringer-Hachenburg-Werner, Anm. 17 zu § 349 HGB.
Nach RGZ 134, 246 wird die Bürgschaft hinfällig, wenn die Hauptschuld nichtig ist, ebenso v. Godin in RGRKomm. z. HGB, Anm. 3a zu §349 HGB.

4) Hauptschuld und Bürgschaft verstoßen beispielsweise gegen die guten Sitten, RG LZ 1921, 216 und 450 und Staudinger-Brändl, Rziff. 13 zu § 765 BGB. Nach Enneccerus-Lehmann, § 192 I 1 ist die Bürgschaft stets nichtig, ähnlich RG LZ 1930, 438.

5) Düringer-Hachenburg-Werner, Anm. 17 zu § 349 HGB und Staudinger-Brändl, Rziff. 13 zu § 765 BGB. Wird die Nichtigkeit geheilt, entsteht die Bürgschaft wieder ex nunc, RGZ 134, 245 und 246. Wird sie nach § 141 BGB bestätigt, ist eine neue Verbürgung notwendig,
Staudinger-Brändl, Rziff. 13 zu § 765 BGB.

6) Staudinger-Brändl, Rziff. 13 zu § 765 BGB.
Da die Hauptschuld bis zur Erklarung der Anfechtung schwebend wirksam bleibt, ist solange auch die Bürgschaft schwebend wirksam, Planck-Oegg, Anm. 8a zu § 765 BGB.

7) Die Nichtigkeit ist absolut (nullité absolue oder nullité d'ordre public),

Abs. 1 C. civ. eine gültige Verbindlichkeit voraussetzt, eine Bürgschaft nicht wirksam bestellt werden. Der Bürge darf sich wie jeder andere auf die absolute Nichtigkeit berufen und sie im Wege der Nichtigkeitsklage gegenüber dem Gläubiger geltend machen [1]. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Hauptschuldner die absolute Nichtigkeit einwendet oder nicht [2]. Die Bürgschaft ist, hat der Richter die absolute Nichtigkeit ausgesprochen, ebenfalls nichtig und nicht bloß ohne Wirksamkeit [3].

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 38:

wenn sie gegen Vorschriften zwingenden Rechts verstößt, die das allgemeine Interesse, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten betreffen, vgl. dazu Carbonnier I, Nr. 43, S. 155 und 156; derselbe IV, Nr. 48, S. 155 und 156; Mazeaud I, Nr. 350; derselbe II, Nr. 299 und Planiol-Ripert VI, Nr. 287 und 289. Die Nichtigkeit ist relativ (nullité relative), wenn sie nur den Schutz privater Parteien beabsichtigt, die abgegebene Willenserklärung also wegen Irrtum, Arglist oder Gewalt aufgehoben werden kann, der Vertragspartner geschäftsunfähig ist oder die einander zu gewährenden vertraglichen Leistungen in keinem entsprechenden Verhältnis zueinander stehen (lésion), vgl. dazu Carbonnier I, Nr. 43, S. 156; derselbe IV, Nr. 48, S. 155 und 156; Mazeaud I, Nr. 350; derselbe II, Nr. 292 ff. und Planiol-Ripert VI, Nr. 287 und 290.

Während sich auf die absolute Nichtigkeit wegen der Tragweite des Verstoßes jeder berufen darf, vgl. dazu Carbonnier I, Nr. 43, S. 153 und Marty-Raynaud, Nr. 198, darf die relative Nichtigkeit nur von der davon betroffenen Vertragspartei eingewandt werden, vgl. dazu Carbonnier I, Nr. 43, S. 156 und Marty-Raynaud, Nr. 198.

Absolute wie relative Nichtigkeit sind im Wege der Nichtigkeitsklage geltend zu machen. Art. 1304 C. civ., der die zehnjährige Verjährung der Nichtigkeitsklage regelt, bezieht sich nur auf die relative Nichtigkeit, vgl. Marty-Raynaud, Nr. 206. Doch muß auch die absolute Nichtigkeit durch die Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Für sie gilt allerdings die 30jährige Verjährung des Art. 2262 C. civ., vgl. Mazeaud I, Nr. 359 und Colin-Capitant II, Nr. 773 und 774. Die bloße Berufung auf die absolute oder relative Nichtigkeit macht daher das Rechtsgeschäft noch nicht nichtig. Erst wenn der Richter durch Urteil die Nichtigkeit festgestellt hat, wird das Rechtsgeschäft rückwirkend aufgehoben. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt es schwebend wirksam, vgl. dazu Carbonnier I, Nr. 43, S. 156 und Mazeaud I, Nr. 351, d. h. die Hauptschuld besteht solange fort.

1) Mazeaud III, Nr. 15 und Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1391.

2) Mazeaud III, Nr. 15.

3) Planiol, Nr. 1924; Pont, Anm. 9 zu Art. 2011 C. civ., S. 5; Turley, S. 13; Cass. D. 1895, 1, 346 und Civ. S. 1914, 1, 126.

Ist das die Hauptschuld begründende Rechtsgeschäft relativ nichtig, fragt es sich hingegen, ob die Nichtigkeit, auf die sich nur der Hauptschuldner als Vertragspartner des Gläubigers berufen darf, auch die Nichtigkeit der Bürgschaft zur Folge hat. Der Code civil hat eine Regelung nur für die Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners getroffen und in Art. 2012 Abs. 2 bestimmt, daß eine Bürgschaft für die von einem Geschäftsunfähigen eingegangene Verbindlichkeit wirksam bleibt, wenn das der Hauptschuld zugrundeliegende Rechtsgeschäft später im Wege der Nichtigkeitsklage wieder aufgehoben wird [1].

Da der Bürge nach Art. 2036 Abs. 1 C. civ. berechtigt ist, alle die der Hauptschuld innewohnenden Einwendungen dem Gläubiger entgegenzuhalten, andererseits, ist die Hauptschuld relativ nichtig, dem Erfordernis des Art. 2012 Abs. 1 C. civ. nicht genügt worden ist, darf der Bürge die relative Nichtigkeit der Hauptverbindlichkeit einwenden [2]. Die Nichtigkeit der Hauptschuld führt nach Feststellung durch den Richter zur Nichtigkeit der Bürgschaft [3].

Bestätigt der Hauptschuldner das relativ nichtige Rechtsgeschäft gemäß Art. 1338 Abs. 1 C. civ. [4] und verzichtet darauf, die Nichtigkeit geltend zu machen, wird das bisher schwebend wirksame Rechtsgeschäft ex tunc wirksam [5]. Die Bestätigung darf jedoch nach Art. 1338 Abs. 3 C. civ. nicht die Rechte Dritter, also auch des Bürgen beeinträchtigen. Doch wird die Hauptschuld mit der Bestätigung endgültig wirksam und erfüllt jetzt die Voraussetzung des Art. 2012 Abs. 1 C. civ. Außerdem darf der Bürge in vollem Umfang gegen den Hauptschuldner Regreß nehmen [6].

bb) Die Hauptschuld ist künftig oder bedingt.

Der Gültigkeit der Hauptschuld widerspricht es nicht, wenn die Forderung künftig oder bedingt ist. Während § 765 Abs. 2 BGB eine Bürgschaft für eine solche Forderung ausdrücklich zuläßt, schweigt der Code civil. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, daß das französische Recht die Bürgschaft für eine

---

1) vgl. dazu Planiol, Nr. 1924 und Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1391.

2) Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1391; Planiol-Ripert XI, Nr. 1518 und Morandière III, Nr. 537. Dies gilt auch dann, wenn der Hauptschuldner die relative Nichtigkeit nicht einwenden möchte, Mazeaud III, Nr. 16.

3) Mazeaud III, Nr. 16.

4) Ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft kann nicht bestätigt werden, Colin-Capitant II, Nr. 765.

5) Colin-Capitant II, Nr. 765 B.

6) Mazeaud III, Nr. 16.

künftige oder bedingte Schuld nicht kennt. Es geht vielmehr von dieser Möglichkeit aus [1].

Voraussetzung bei der Verbürgung für eine künftige Forderung ist ihre hinreichende Bestimmbarkeit. Die Forderung muß demnächst rechtsbeständig werden [2]. Das ist nicht mehr der Fall, wenn die Bürgschaft für alle irgendwie denkbar künftigen Verbindlichkeiten übernommen werden soll [3]. Die Verpflichtung des Bürgen wird erst dann wirksam, wenn die Verpflichtung für den Hauptschuldner endgültig oder unbedingt geworden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt die Bürgschaft in der Schwebe [4].

cc) Die Hauptschuld ist eine unvollkommene Verbindlichkeit.

a1) Nach deutschem Recht.

Wenn das Gesetz in § 241 BGB sagt, der Gläubiger dürfe eine Leistung "fordern", meint es damit gleichzeitig, sie auch einklagen und im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen zu dürfen [5]. Erst dadurch kann der Zweck der Forderung oder des Anspruchs [6] erreicht werden, dem Gläubiger die Erfüllung der ihm ge-

---

1) Schon Req. S. 1846, 1, 440 hat die Bürgschaft für eine künftige Forderung zugelassen, vgl. weiter Planiol, Nr. 1922; Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 85 und Ferid, S. 777.
Zur Verbürgung für eine bedingte Forderung vgl. Troplong, Nr. 50 und Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 85.

2) BGHZ 25, 319 und 320 und Staub-Gadow, Anm. 3 zu § 349 HGB sowie Savatier II, Nr. 877 und Planiol-Ripert XI, Nr. 1516.

3) BGHZ 25, 318 und Staub-Gadow, Anm. 3 zu § 349 HGB, sowie Savatier II, Nr. 877 und Planiol-Ripert XI, Nr. 1516.
Dagegen ist eine Verbürgung für alle zukünftigen Ansprüche einer Bank, die sich aus dem Geschäftsverkehr, vgl. BGHZ 25, 318, oder im Rahmen einer Krediteröffnung ergeben, möglich, vgl. Civ. Com. D. 1963, Somm. 63. Die zukünftige Schuld muß aber als solche bezeichnet sein, Dalloz, mise à jour, Nr. 24, S. 87.

4) Staudinger-Brändl, Anm. 12 zu § 765 BGB und Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 85.

5) Siber, S. 69 und Larenz I, § 2 III, S. 13.

6) Nach der h. M. sind Forderung, das Recht auf die volle Leistung, und Anspruch, die auf diesem Recht beruhende Befugnis, ein Tun oder Unterlassen verlangen zu dürfen, miteinander identisch, Staudinger-Weber, Einl. G 15 zu § 241 BGB; Erman-Hefermehl, Anm. 3 zu § 194 BGB und Esser I, § 3 I.

schuldeten Leistung zu verschaffen [1]. Die Klagbarkeit, die die Regel ist [2], ist jedoch kein wesensnotwendiges Moment der Forderung [3]. Es gibt Forderungen, denen die zwangsweise Durchsetzungsbefugnis fehlt, die aber erfüllt und gesichert werden können [4]. Man bezeichnet diese Forderungen mit unvollkommener Wirkung als unvollkommene Verbindlichkeiten [5].

Der Ausdruck "unvollkommene Verbindlichkeit" wird jedoch nicht einheitlich gebraucht. Bald wird er für die nicht mehr realisierbaren Leistungspflichten, bald für die als Rechtsgrund einer Leistung anerkannten Pflichten des Anstands oder der Sitte verwandt [6]. Man muß daher zwischen echten unvollkommenen Verbindlichkeiten, die nicht ohne jede rechtliche Wirkung, aber nicht mehr einklagbar und zwangsweise durchsetzbar sind, und solchen Verbindlichkeiten unterscheiden, deren Realisierung ein Hindernis im Wege steht, die aber dem Charakter einer normalen Verbindlichkeit behalten und den unvollkommenen Verbindlichkeiten nur ähneln [7].

Die echten unvollkommenen Verbindlichkeiten genießen keinen rechtlichen Schutz. Trotzdem kann das einmal Geleistete nicht mehr zurückgefordert werden, da ein hinreichender Erwerbsgrund, eine causa acquirendi, als vorhanden angesehen wird [8]. Die normalen Verbindlichkeiten, die klagbar bleiben, deren Durchsetzbarkeit aber eine Einrede entgegensteht, bestehen als Forderung mit einem Recht auf Leistung fort. Sie sind als einredebehaftete Vollschulden [9]

---

1) Die Einklagbarkeit gehört zum Wesen des Anspruchs, Staudinger-Weber, Einl. C 16 zu § 241 BGB und Enneccerus-Nipperdey, § 222 II 5.

2) Larenz I, § 2 III, S. 15.

3) Larenz I, § 2 III, S. 14.

4) Enneccerus-Lehmann, § 3 II und Larenz I, § 2 III, S. 15. Esser I, § 7 I 3 spricht in diesem Zusammenhang von Schulden ohne Haftung, doch halten Enneccerus-Lehmann, § 3 II 1, Fußnote 3 entgegen, daß nicht nur der Zugriff des Gläubigers auf das Vermögen, sondern bereits die Klage ausgeschlossen sei.

5) Die Verwendung des Ausdrucks "Naturalobligation" ist unzweckmäßig, da die Naturalobligationen des römischen Rechts nicht mehr mit den heute, dem deutschen Recht bekannten unvollkommenen Verbindlichkeiten übereinstimmen, Staudinger-Weber, Einl. L 2 zu § 241 BGB und Enneccerus-Lehmann, § 3 II 1, Fußnote 2.

6) Larenz, I, § 2 IV, S. 15 und Enneccerus-Lehmann, § 3 II 1.

7) Staudinger-Weber, Einl. L 3 zu § 241 BGB.

8) Esser I, § 7 I 3b; Staudinger-Weber, Einl. L 19, 22 und 30 zu § 241 BGB.

9) Esser I, § 7 I 3.
Darunter fällt z.B. die verjährte Forderung.

von den echten unvollkommenen Verbindlichkeiten zu trennen [1]. Eine Bürgschaft, die für eine unvollkommene Verbindlichkeit bestellt worden ist, ist ebenso unvollkommen wie die Hauptschuld [2].

a2) Nach französischem Recht.

Der Gläubiger einer Forderung ist in der Regel berechtigt, die Forderung einzuklagen und sie im Wege der Zwangsvollstreckung einzutreiben, falls der Schuldner nicht freiwillig leistet. Die Einklagbarkeit ist das wesentliche Element der vollkommenen Verbindlichkeit (obligation civile) [3]. Daneben gibt es Verbindlichkeiten, denen die zwangsweise Durchsetzbarkeit fehlt, die aber ihren Charakter als Verpflichtung bewahren und ein Schuldverhältnis begründen können [4]. Diese unvollkommenen Verbindlichkeiten (obligation naturelle) unterscheiden sich somit von den vollkommenen Verbindlichkeiten dadurch, daß ihnen die

---

1) Larenz I, § 2 III, S. 14 und Staudinger-Weber, Einl. L 4 zu § 241 BGB. Eine solche Verbindlichkeit ist die Spiel- und Wettschuld.

2) KG NJW 1956, 1481; Soergel-Schmidt, Anm. 12 zu § 765 BGB und Siber, S. 243.
Dagegen kann für eine bereits verjährte Forderung eine Bürgschaft rechtswirksam begründet werden, vgl. § 222 Abs. 2 i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB. Aus diesen beiden Vorschriften läßt sich jedoch nicht ableiten, daß für eine unvollkommene Verbindlichkeit eine vollkommene Bürgschaft übernommen werden kann. Eine verjährte Forderung ist, im Gegensatz zur unvollkommenen Verbindlichkeit, einklagbar. Ihrer Durchsetzbarkeit steht lediglich eine peremptorische Einrede entgegen, Schreiber, S. 30 und Esser I, § 7 I 3c. Macht der Schuldner von der Einrede keinen Gebrauch, wird er, da sie nicht von Amts wegen berücksichtigt wird, zur Leistung verurteilt, Staudinger-Weber, Einl. L 15 zu § 241 BGB. Die verjährte Forderung, die erfüllbar bleibt, fällt daher nicht unter den Begriff der unvollkommenen Verbindlichkeit, sondern verkörpert eine mit einer Einrede behaftete Vollschuld, Staudinger-Coing, Rziff. 2 zu § 194 BGB, die vom Gesetzgeber wohl als ausreichende Grundlage für die Begründung einer vollwirksamen Bürgschaft angesehen worden ist, Enneccerus-Lehmann, § 192 I 2.
Nach Siber, S. 243 ist § 222 Abs. 2 i. V. m. mit § 232 Abs. 2 BGB regelwidrig, da dem Bürgen alle Einreden zustünden.

3) Beudant et Lerebours-Pigeonnière VIII, Nr. 430; Aubry et Rau IV, § 297 1 und Ripert, La règle morale, Nr. 191.

4) Planiol-Ripert VII, Nr. 978 und Colin-Capitant II, Nr. 1399.

Einklagbarkeit fehlt [1]. Sie sind andererseits von der bloß moralischen Verpflichtung (devoir moral), die jedes Merkmal einer rechtlichen Verbindlichkeit eingebüßt hat, zu trennen [2].

Das im Hinblick auf eine unvollkommene Verbindlichkeit Geleistete kann nicht mehr zurückgefordert werden, Art. 1235 Abs. 2 C. civ., da die Leistung des Schuldners Erfüllung bedeutet [3]. Der Schuldner kann außerdem die Erfüllung der unvollkommenen Verbindlichkeit versprechen. Das Erfüllungsversprechen (promesse d'exécution), das alle Kennzeichen einer vollkommenen Verpflichtung trägt, kann vom Gläubiger eingeklagt und zwangsweise durchgesetzt werden [4].

Eine Unterteilung in unvollkommene Verbindlichkeiten stärkeren oder schwächeren Grads kennt das französische Recht nicht. Gleichgültig, ob es sich beispielsweise um die Verpflichtung des Geschäftsunfähigen, die verjährte Forderung, den Erlaß im Zwangsvergleich oder der Spiel- und Wettschuld handelt, die rechtlichen Wirkungen dieser unvollkommenen Verbindlichkeiten erschöpfen sich alle darin, daß die freiwillige Leistung zwar Erfüllung im Rechtssinne ist, die Leistung aber nicht eingeklagt werden kann [5]. Die Bürgschaft setzt hingegen ein

---

1) Colin-Capitant II, Nr. 1395 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1313.
Die ursprüngliche Einteilung der unvollkommenen Verbindlichkeiten in obligation civile avortée und obligation civile dégénérée, vgl. Gaudemet, S. 486; Aubry et Rau IV, § 297 1 und Colin-Capitant II, Nr. 1400 ff. hat man als unnötig aufgegeben, da sie sich in ihren rechtlichen Wirkungen - beiden Verbindlichkeiten fehlt die Klagbarkeit - voneinander nicht unterscheiden, vgl. Planiol-Ripert VII, Nr. 981; Mazeaud I, Nr. 361 und Ripert, La règle morale, Nr. 192.

2) Aubry et Rau IV, § 297, S. 7 und Beudant et Lerebours-Pigeonnière VIII, Nr. 672.
Die Rechtsprechung, vgl. Civ. S. 1873,1,29 und Req. D. 1913,1,404 hat allerdings im Laufe der Zeit viele devoirs moraux, vor allem aus dem Familienrecht, zu unvollkommenen Verbindlichkeiten aufgewertet, vgl. dazu auch Ripert, La règle morale, Nr. 193.

3) Gaudemet, S. 485 und Planiol-Ripert VII, Nr. 978.

4) Req. D. 1878,1,376; Civ. D. 1951, J.2 und Colin-Capitant II, Nr. 1419.
Für eine Spiel- oder Wettschuld kann aber kein Erfüllungsversprechen abgegeben werden, da sonst ihre Nichteinklagbarkeit umgangen werden könnte, Mazeaud I, Nr. 367 und Aubry et Rau IV, § 293 3b.

5) Dalloz III, Nr. 1, S. 652, Nr. 14, 19 und 20, S. 653 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1327, 1328.
Nach Colin-Capitant II, Nr. 1403 und Mazeaud I, Nr. 363 fällt darunter auch die Spiel- und Wettschuld.

Schuldverhältnis voraus, das den Gläubiger und den Regreß nehmenden Bürgen ermächtigt, die Hauptforderung zwangsweise durchzusetzen [1]. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die zu sichernde Forderung eine unvollkommene Verbindlichkeit ist. Daraus, wie auch aus Art. 2012 Abs. 1 C. civ. folgt, daß für eine unvollkommene Verbindlichkeit keine vollwirksame Bürgschaft bestellt werden kann. Die Verpflichtung des Bürgen bleibt vielmehr wegen ihrer akzessorischen Natur ebenso unvollkommen wie die zugrundeliegende, unvollkommene Hauptforderung [2].

b) Der Umfang der Bürgschaft.

Aus der Abhängigkeit im Hinblick auf die Entstehung folgt weiter, daß die Bürgschaft die zu sichernde Forderung weder überschreiten noch schwereren Bedingungen als die Hauptschuld ausgesetzt sein darf.

Der deutsche Gesetzgeber hat geglaubt, auf eine ausdrückliche Bestimmung verzichten zu können. Der diese Frage regelnde § 676 des ersten Entwurfs zum

---

1) Ripert, La règle morale, Nr. 191 und Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 470 und 1393.

2) Laurent XVII, Nr. 28; derselbe, XXVIII, Nr. 141 und 142; Aubry et Rau IV, § 297 3d; dieselben VI, § 424, S. 274; Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 85; Mazeaud I, Nr. 368; derselbe III, Nr. 14; Planiol-Ripert XI, Nr. 1517; Dalloz III, Nr. 46, S. 655; Ferid, S. 777 und 779.
a.A. Huc VII, Nr. 237; Gaudemet, S. 488 und Riom, Gaz. Pal. 1898,2, 539.
Nach Art. 2012 Abs. 2 C. civ. bleibt die Bürgschaft für die von einem Geschäftsunfähigen eingegangene Verbindlichkeit bestehen, auch wenn diese später wegen der ihr innewohnenden relativen Nichtigkeit wieder aufgehoben wird.
Da die von einem Geschäftsunfähigen begründete Verpflichtung als unvollkommene Verbindlichkeit fortlebt, Civ. S. 1997,1,225 mit Anm. von Esmein, wird aus Art. 2012 Abs. 2 C. civ. gefolgert, daß eine unvollkommene Verbindlichkeit als ausreichende Grundlage für eine wirksame Bürgschaft genüge, Le Balle, S. 558, Savatier II, Nr. 877.
Dieser Auffassung wird entgegengehalten, daß der Wortlaut des Art. 2012 Abs. 2 C. civ. nur sage, daß die Bürgschaft bestehen bleibe, falls die Hauptverbindlichkeit später für nichtig erklärt werde. Bis zu diesem Zeitpunkt liege eine gültige, wenn auch vernichtbare Verbindlichkeit vor, Mazeaud I, Nr. 368. Als die Bürgschaft begründet worden sei, habe noch

BGB wurde später wieder gestrichen [1]. Verpflichtet sich der Bürge zu mehr, liegt bezüglich des über die Hauptschuld hinausgehenden Teils ein selbständiges Schuldversprechen vor [2].

Der französische Gesetzgeber hat dagegen in Art. 2013 Abs. 1 C. civ. bestimmt, daß die Bürgschaft weder die Hauptschuld überschreiten noch härteren Bedingungen als die Hauptschuld unterworfen sein darf [3]. Die über die Hauptschuld hinausgehende Bürgschaft wird auf das Maß der Hauptforderung reduziert, Art. 2013 Abs. 3 C. civ. [4], während der überschießende Teil als unentgeltliche Zuwendung an den Gläubiger angesehen wird [5].

2. Die Abhängigkeit im Hinblick auf den weiteren Bestand.

Die zweite Folge des zu Ende gedachten Akzessorietätsprinzips ist die Abhängigkeit der Bürgschaft auch vom weiteren Bestand der Hauptschuld. Spätere, negative Veränderungen der Hauptschuld wirken sich daher in der Regel auf den Bestand der Bürgschaft aus, vgl. die §§ 767 Abs. 1 Satz 1, 786 Abs. 1 Satz 1 BGB einerseits und Art. 2036 Abs. 1 C. civ. andererseits [6].

a) Der Untergang der Hauptschuld.

Die Bürgschaft als gewöhnlich dauernd abhängige Verbindlichkeit kann die Hauptschuld, die sie sichert, nicht überleben. Erlischt die Hauptschuld, erlischt auch die Bürgschaft, da sich ihr Daseinszweck durch den Untergang der Hauptverbindlichkeit erledigt hat [7]. Gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB darf sich der Bürge auf

---

Fortsetzung der Fn. 2) von S. 45:
gar keine unvollkommene Verbindlichkeit vorgelegen, Planiol-Ripert VII, Nr. 995 und Colin-Capitant II, Nr. 1423.

1) vgl. dazu die Motive II, S. 660 ff.

2) Staub-Gadow, Anm. 11a zu § 349 HGB; Staudinger-Brändl, Rziff. 22 zu § 765 BGB und RGZ 153, 345.

3) vgl. dazu Locré, S. 288, 318 und 323; Morandière III, Nr. 537 1; Planiol, Nr. 1919 und Mazeaud III, Nr. 13.

4) vgl. dazu Civ. D. 1886,1,223.

5) Dalloz I, Nr. 125, S. 542.

6) BGHZ 6,385 spricht in diesem Rahmen vom Regelfall der Abhängigkeit. Der Regelfall gilt auch für das französische Recht, da dem Bürgen nach Art. 2036 Abs. 2 C. civ. die höchstpersönlichen Einreden versagt sind, vgl. dazu Planiol, Anm. zu Req. D. 1891,1,6.

7) Staudinger-Brändl, Rziff. 17 zu § 765 BGB und Dalloz I, Nr. 241, S. 553.

alle rechtsvernichtenden Einwendungen berufen [1].

Der Code civil gewährt dem Bürgen nach Art. 2036 alle Einwendungen, die dem Hauptschuldner zustehen und der Hauptschuld innewohnen [2]. Der Begriff der Einwendung (exception) umfaßt dabei nicht nur die rechtsvernichtenden Einwendungen, sondern auch alle Einreden, die ein dauerndes oder aufschiebendes Leistungsverweigerungsrecht zum Inhalt haben [3].

aa) Zahlung oder Annahme an Zahlungs Statt (payment oder dation en payment).

Die Hauptschuld erlischt gemäß § 362 Abs. 1 BGB, wenn der Hauptschuldner die an den Gläubiger geschuldete Leistung bewirkt. Die rechtswirksame Erfüllung bringt auch die Bürgschaft zum Erlöschen [4]. Nimmt der Gläubiger an Stelle der geschuldeten Leistung eine andere als die geschuldete Leistung an, erlischt mit dem Hauptschuldverhältnis auch die Verpflichtung des Bürgen [5].

In Art. 1234 C. civ. ist die Zahlung als einer der Erlöschensgründe aufgeführt. Befriedigt der Hauptschuldner den Gläubiger, geht mit der Hauptschuld sowohl die einfache [6], als auch die solidarische Bürgschaft [7] unter.

---

1) § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB umfaßt nur die Einreden, nicht auch die Einwendungen, Palandt-Thomas, Anm. 1b und 2 zu § 768 BGB.
2) Paris, D. 1964, Somm. 13; Savatier II, Nr. 878 und Santerre, Nr. 269. Unter Art. 2036 C. civ. fällt auch der solidarische Bürge, Juris-Classeur civil Art. 2034-2039, Nr. 40 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1896; a. A. Req. S. 1939,1,161.
3) Auch die relative Nichtigkeit ist eine Einwendung im Sinne des Art. 2036 Abs. 1 C. civ., da Art. 1234 C. civ. die relative Nichtigkeit als einen der Erlöschensgründe aufzählt.
4) BGB-RGRK-Fischer, Anm. 2 zu § 767 BGB. Ist die Zahlung unwirksam, bleibt die Bürgschaft bestehen, BGB-RGRK-Fischer, a. a. O.
5) Staudinger-Brändl, Rziff. 17 zu § 765 BGB.
6) Ripert-Boulanger II, Nr. 1915 1. Wird das Erfüllungsgeschäft wegen eines Rechtsmangels aufgehoben, lebt die Bürgschaft wieder auf, Douai, D. 1876,2,30 und Civ. S. 1889,1, 409.
7) Sigalas, Nr. 105.

Die Annahme einer anderen Leistung an Zahlungs Statt befreit nach Art. 2038 C. civ. auch den Bürgen [1]. Die Verpflichtung des Bürgen geht nach dieser Vorschrift selbst dann unter, wenn die hingegebene Sache mangelhaft war und der Hauptschuldner deshalb verpflichtet bleibt [2]. Art. 2038 C. civ. gilt in gleicher Weise für den solidarischen Bürgen [3].

bb) Erlaß (remise de la dette).

Wird die Hauptschuld vom Gläubiger erlassen, erlischt nach § 397 BGB die Verpflichtung des Hauptschuldners. Der Erlaß befreit daher auch den Bürgen [4]. Das gleiche Ergebnis tritt ein, wenn Gläubiger und Hauptschuldner das Hauptschuldverhältnis vertraglich wieder aufheben [5] oder einen außergerichtlichen Erlaßvergleich schließen und dadurch das Schuldverhältnis zum Untergang bringen [6].

Unerheblich dabei ist, daß der Gläubiger nur deshalb die Hauptschuld erlassen hat, um wegen der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners die drohende Eröffnung des Konkurses abzuwenden. Es kommt lediglich darauf an, daß der Gläubiger freiwillig auf seine Forderung verzichtet hat [7].

Wie die Zahlung führt auch der Erlaß gemäß Art. 1234 C. civ. das Erlöschen der Hauptschuld herbei. Art. 1287 Abs. 1 C. civ. bestimmt, daß sich der Bürge auf den Erlaß berufen darf [8]. Unter Art. 1287 Abs. 1 C. civ. fällt auch der solidarische Bürge [9]. Erläßt der Gläubiger dem Hauptschuldner in einem außergericht-

---

1) vgl. dazu Mazeaud III, Nr. 22 und Ferid, S. 780.
Die Erfüllung an Zahlungs Statt wird als Novation angesehen, Civ. S. 1889,1,409 und Aubry et Rau VI, § 429, S. 296.

2) Douai, D. 1876,2,31 und Civ. S. 1889,1,409.

3) Fournier, RcLJ XVI, 40; Aubry et Rau VI, § 429, S. 296 und Dalloz I, Nr. 245, S. 554.
Diese Auffassung teilt selbst die Rechtsprechung, vgl. Comm. D. 1966, 353; vorher schon Req. S. 1859,1,165.
a.A. Sigalas, Nr. 122, da die Vorschriften der Gesamtschuld keine, Art. 2038 C. civ. vergleichbare Regelung enthielten.

4) Palandt-Thomas, Anm. 3b zu § 765 BGB.

5) RG Recht 1913,44.

6) Staudinger-Brändl, Rziff. 5 zu § 768 BGB.

7) RGZ 92,121.
Beschränkt sich der Erlaß auf den Hauptschuldner, wird der Bürge trotzdem befreit, WarnRspr 1916,50.

8) vgl. dazu Planiol-Ripert XI, Nr. 1551 und Caen D. 1886,2,97.

9) Dalloz, Nouveau Code Civil, Nr. 48 zu Art. 2034 C. civ.
Selbst nach Sigalas, Nr. 111 kommt der Erlaß wegen des "akzessorischen

lichen Vergleich (transaction), vgl. Art. 2044 C. civ., die Schuld, wirkt sich der Erlaß auch zu Gunsten des Bürgen aus [1]. Gleichgültig dabei ist, daß sich der Schuldner im Zustand der Zahlungseinstellung befand und ohne Erlaß der Schuld die Eröffnung des Konkursverfahrens hätte beantragen müssen. Entscheidend ist allein, daß der Gläubiger die Schuld freiwillig erlassen hat [2].

cc) Novation (novation).

Die zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarte Novation bringt mit dem Hauptschuldverhältnis auch die Bürgschaft zum Erlöschen. Da die alte Hauptschuld aufgehoben und durch eine neue Schuld ersetzt worden ist, ist die ursprüngliche Basis, auf der die Bürgschaft beruhte, entfallen [3]. Dies gilt selbst dann, wenn die Beteiligten die Bürgschaft bestehen lassen wollten [4]. Für die neue Verbindlichkeit muß eine neue Bürgschaft bestellt werden [5].

Nach Art. 1234 C. civ. erlischt die Hauptschuld, wenn Gläubiger und Hauptschuldner eine Novation des Schuldverhältnisses vereinbaren. Die Novation führt nach Art. 1281 Abs. 2 C. civ., gleichgültig ob der Gläubiger dies gewollt hat oder nicht, sowohl die Befreiung des einfachen [6], als auch die des solida-

---

Fortsetzung der Fn. 9) von S. 48:

Aspekts" über Art. 1287 Abs. 1 C. civ. dem solidarischen Bürgen zugute, der sich außerdem auf die den Gesamtschuldner betreffende Vorschrift des Art. 1285 Abs. 1 C. civ. berufen dürfe. Doch werden nach dieser Bestimmung die anderen Gesamtschuldner nur dann befreit, wenn der Gläubiger dem Gesamtschuldner die Schuld ohne Vorbehalt gegenüber den anderen Gesamtschuldnern erlassen hat.

1) Paris, D. 1964, Somm. 13 und Dalloz, mise à jour, Nr. 254, S. 88.

2) Die Rechtsprechung, vgl. Caen, D. 1868,2,97; Civ. S. 1868,1,61 und 260; Lyon, D. 1910,5,1 und Paris, D. 1964, Somm. 13, hat stets betont, daß Art. 1287 Abs. 1 C. civ. dann zur Anwendung komme, wenn der Erlaß freiwillig erfolgt sei. Solange der Erlaß nicht auf einem Zwangsvergleich beruhe, greife immer Art. 1287 Abs. 1 C. civ. ein, mögen die den Erlaß begleitenden Umstände noch so sehr denen des Zwangsvergleichs geähnelt haben.
Soweit Leitsatz Nr. 1 in Civ. D. 1867,1,483 bestimmt, daß der Bürge nicht befreit wird, handelt es sich um einen Druckfehler, da in den Entscheidungsgründen von der Befreiung des Bürgen die Rede ist.

3) BGB-RGRK-Fischer, Anm. 2 zu § 767 BGB.

4) Staudinger-Brändl, Rziff. 18 zu § 765 BGB.

5) Eine Ausnahme gilt für das Saldoanerkenntnis im eigentlichen Kontokorrentverhältnis, § 355 HGB. Nach § 356 HGB bleibt die Bürgschaft bestehen.

6) Dalloz I, Nr. 251, S. 554 und Req. S. 1859,1,161,164,165.

rischen Bürgen [1] herbei.

dd) Konfusion (confusion).

Vereinigen sich Gläubiger und Hauptschuldner in einer Person, beerbt beispielsweise der Gläubiger den Hauptschuldner oder umgekehrt, erlischt mit der Hauptschuld auch die Bürgschaft [2].

Nach Art. 1234 C. civ. geht die Hauptschuld unter, wenn sich Gläubiger und Schuldner in einer Person vereinigen. Art. 1301 Abs. 1 C. civ. bestimmt zusätzlich, daß durch die Konfusion der Bürge befreit wird [3]. Dies gilt auch für den solidarischen Bürgen [4]. Tritt die Konfusion mit dem Gläubiger in der Person des Bürgen ein, erlischt nur die Bürgschaft, nicht auch die Hauptschuld, Art. 1301 Abs. 2 C. civ. Fallen Hauptschuldner und Bürgen zusammen, bleiben die Verpflichtungen beider bestehen, da es sich um zwei verschiedene Schulden handelt [5].

ee) Aufrechnung (compensation).

Hat der Hauptschuldner mit einer Gegenforderung wirksam gegenüber dem Gläubiger aufgerechnet, geht die Hauptverbindlichkeit unter, § 389 BGB. Die Verpflichtung des Bürgen erlischt dann ebenfalls [6]. Er ist aber, hat der Hauptschuldner die Aufrechnung noch nicht erklärt, nicht berechtigt, sie an Stelle des Hauptschuldners auszuüben. Ihm steht einstweilen nur die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB zu [7].

---

1) Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Dalloz I, Nr. 251, S. 554; Civ. D. 1966,1, 326 und Limoges, D. 1890,2,11.
Auch nach Sigalas, Nr. 115 wird der solidarische Bürge wegen des akzessorischen Charakters seiner Verpflichtung befreit.

2) Staudinger-Brändl, Rziff. 21 zu § 765 BGB.
Beerbt der Bürge den Gläubiger, erlischt die Bürgschaft, Staudinger-Brändl, Rziff. 21 zu § 765 BGB.
Beerbt der Bürge den Hauptschuldner, bleibt die Bürgschaft bestehen, RGZ 76,58.

3) vgl. dazu Rouen, D. 1875,2,188 und Planiol, Nr. 1975.

4) Sigalas, Nr. 119, obwohl der Gesamtschuldner nach Art. 1301 Abs. 3 i. V. m. Art. 1209 C. civ. vom Gläubiger nur verlangen kann, die Schuld um den Anteil herabzusetzen, der auf den mit dem Gläubiger zusammenfallenden Gesamtschuldner entfällt.

5) Rouen, D. 1875,2,188.

6) RGZ 122,148 und BGH NJW 1957,986.

7) vgl. dazu unten, 1. Teil, C II 2 b) dd).

Nach Art. 1234 C. civ. erlischt die Forderung des Gläubigers, wenn der Hauptschuldner eine Gegenforderung hat und gegenüber dem Gläubiger aufrechnen kann.

Die in den Art. 1289 ff. C. civ. geregelte Aufrechnung ist nicht wie die Aufrechnung des BGB ein persönliches Gestaltungsrecht des Schuldners. Sie wird nicht erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem der Schuldner die Aufrechnung erklärt, sondern tritt, ohne vom Willen des Schuldners abhängig zu sein, kraft Gesetzes in dem Augenblick ein, in dem sich beide Forderungen aufrechenbar gegenüberstehen, Art. 1290 C. civ. Die Verpflichtung des Schuldners erlischt von Rechts wegen (de plein droit), wobei es unerheblich bleibt, ob er die Aufrechnung erklärt hat oder nicht. Art. 1234 C. civ. hat daher die Aufrechnung in die Erlöschensgründe aufgenommen [1].

Nach Art. 1294 Abs. 1 darf sich der einfache Bürge auf die Aufrechnung berufen [2]. Dies gilt natürlich auch dann, wenn der Bürge gar nicht aufrechnen wollte, da die Hauptverbindlichkeit erlischt, sobald die Gegenforderung entstanden ist.

Im Rahmen der Aufrechnung ist dagegen die Frage aufgeworfen worden, ob der solidarische Bürge unter Art. 1294 Abs. 1 oder Abs. 3 C. civ. fällt. Art. 1294 Abs. 3 C. civ. versagt dem Gesamtschuldner, die einem seiner Mitschuldner zustehende, aber noch nicht erklärte Aufrechnung dem Gläubiger gegenüber einzuwenden. Das soll auch für den solidarischen Bürgen gelten, da er insoweit nach den Vorschriften der Gesamtschuld zu behandeln sei und für ihn daher Art. 1294 Abs. 3 C. civ. in Frage komme [3].

---

1) vgl. dazu Colin-Capitant II, Nr. 1545 ff., 1549; Carbonnier IV, Nr. 132, S. 485 und Civ. Gaz. Pal. 1940, 1, 81.

2) vgl. dazu Donnedieu de Vabres, Anm. zu Toulouse, D 1913, 2, 65; Juris-Classeur civil Art. 2034-2039, Nr. 52, Mazeaud III, Nr. 22 und Ferid, S. 780.

3) Die Rechtsprechung hat nur zweimal und sehr früh zu dieser Frage Stellung zu nehmen brauchen. Während sie zuerst dem solidarischen Bürgen das Recht, die Aufrechnung einzuwenden, zubilligte, Toulouse, Dalloz jur. gén. 1818, obligation, Nr. 1686, verweigerte sie ihm wenig später die Berufung auf die Aufrechnung, Colmar, Dalloz jur. gén. 1821, cautionnement, Nr. 338, 2. Spalte; ebenso die die solidarische Bürgschaft an die Gesamtschuld angleichende Literatur, vgl. Sigalas, Nr. 69 und 123; Lenfant, S. 32; Hervé, S. 97 und Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1406.
Nach Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 134 kommt es darauf an, unter welchen Absatz des Art. 1294 C. civ. der solidarische Bürge falle.

Dem wird jedoch entgegengehalten, daß der solidarische Bürge nicht zum Gesamtschuldner werde, sondern Bürge bleibe [1]. Er dürfe daher, ebenso wie der einfache Bürge, nach Art. 1294 Abs. 1 i.V.m. Art. 2036 Abs. 1 C. civ. die noch nicht vom Hauptschuldner erklärte Aufrechnung gegenüber dem Gläubiger geltend machen, da die Hauptschuld erloschen sei [2].

ff) Der zugeschobene Eid (le serment décisoire) nach Art. 1357 C. civ.

Neben der Nichtigkeit [3] kennt das französische Recht als weiteren Erlöschensgrund den zugeschobenen Eid der Art. 1357, Nr. 1, 1358 ff. C. civ. Ist der Gläubiger nicht in der Lage, seinen Anspruch zu beweisen, kann er vom Schuldner eine zu beeidende Erklärung verlangen, daß die Schuld nicht oder nicht mehr bestehe [4].

Leistet der Schuldner den zugeschobenen Eid und beschwört er, nicht oder nichts mehr zu schulden, wird er von seiner Verpflichtung frei, Art. 1365 Abs. 1 C. civ. Da die Hauptverbindlichkeit als nicht mehr bestehend angesehen wird, wird gleichzeitig auch der Bürge befreit, Art. 1365 Abs. 3 C. civ. [5]. Unter diese Bestimmung fällt auch der solidarische Bürge [6].

b) Der Hauptschuld steht eine Einrede entgegen.

Aus der Abhängigkeit der Bürgschaft vom Bestand der Hauptschuld folgt weiter, daß sich der Bürge auf die dem Hauptschuldner zustehenden Leistungsverweigerungsrechte berufen darf. Der § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB ergänzende § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt daher, daß der Bürge alle die dem Hauptschuldner zustehen-

---

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 51:

So aber auch, obwohl sich sehr vorsichtig ausdrückend, Mazeaud III, Nr. 49 und Aubry et Rau VI, § 423, S. 272, während Dalloz I, Nr. 237, S. 553 die Geltendmachung der Aufrechnung dem solidarischen Bürgen zuerst verweigerte, sie ihm wenig später aber in Nr. 254, S. 555 zubilligt.

1) Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; vgl. dazu oben B II 2b.

2) Ponsot, Nr. 568; Santerre, Nr. 272 bis 5; Thisse, S. 191; Donnedieu de Vabres, Anm. zu Toulouse, D. 1913,2,65; Aubin, S. 187; Baudry-Lacantinerie et Wahl S. 598; Ripert-Boulanger II, Nr. 1896; Juris-Classeur civil, Art. 2011 - 2027, Nr. 55, Art. 2034-2039, Nr. 52 und Planiol-Ripert XI, Nr. 1539.

3) vgl. dazu oben C II 1 a) aa).

4) vgl. dazu Sigalas, Nr. 126.

5) Baudry-Lacantinerie et Wahl, Nr. 1167 und Dalloz I, Nr. 254, S. 555.

6) Sigalas, Nr. 126.

den Einreden geltend machen darf. Darunter fallen alle Einreden, die den Hauptschuldner berechtigen, die Leistung gegenüber einer an sich bestehenden Forderung dauernd oder zeitweilig zu verweigern, gleichgültig, ob die Einrede bei der Übernahme der Bürgschaft bereits begründet war oder erst später entstanden ist [1]. Der Bürge darf aber nur solche Einreden vorbringen, deren Erhebung nicht ausschließlich vom Willen des Hauptschuldners abhängt [2]. Andererseits darf der Bürge eine einmal entstandene Einrede dem Gläubiger auch dann entgegenhalten, wenn der Hauptschuldner auf sie verzichtet, § 768 Abs. 2 BGB, oder durch eine rechtskräftige Entscheidung verloren hat [3].

Nach Art. 2036 Abs. 1 C. civ. stehen dem Bürgen nicht nur die Einwendungen, sondern auch alle sonstigen, der Hauptschuld innewohnenden Einreden zu, da die Bürgschaft ihre Regeln, den eigenen Bestand betreffend, von der Hauptschuld leiht, von der sie abhängt und geformt wird [4].

aa) Stundung (délai, terme).

Eine zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nachträglich vereinbarte Stundung wirkt zu Gunsten des Bürgen [5]. Sie kommt auch dann dem Bürgen zugute, wenn sie in der Vereinbarung ausdrücklich auf den Schuldner beschränkt wurde [6]. Da der Bürge nur dafür einsteht, daß der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit, ist sie endgültig fällig geworden, erfüllt, darf sich der Bürge ebenso auf die dem Hauptschuldner gesetzlich gewährte Stundung berufen [7].

Trotz der persönlichen Gründe, wegen denen dem Hauptschuldner vom Gläubiger oft eine Stundung eingeräumt wird, darf auch der einfache Bürge den Zah-

---

1) Staudinger-Brändl, Rziff. 2 zu § 768 BGB.
2) RGZ 66, 333, da der Bürge nicht Willensakte an Stelle des Hauptschuldners vornehmen dürfe;
vgl. weiter Rappaport, S. 237 und 238 und Stammler, S. 21.
3) RGZ 56,111.
4) Planiol, Anm. zu Req. D. 1891,1,5 und 6; Ferid, S. 780.
5) RGZ 56,312; 113,319 und 153,345.
Nach RGZ 153,345 ist die Einrede der Stundung eine Einrede allgemeiner Art.
6) BGB-RGRK-Fischer, Anm. 9 zu § 767 BGB und Enneccerus-Lehmann, § 192, Fußnote 8.
Nach RGZ 56,312 ist eine auf den Hauptschuldner beschränkte Stundung unwirksam, ebenso Oertmann, Anm. 2a zu § 768 BGB.
7) RGZ 93,95 und 153 125.

lungsaufschub gemäß Art. 2036 Abs. 1 C. civ. dem Gläubiger gegenüber entgegenhalten, da die Stundung den Bestand der Hauptschuld verändert hat [1]. Ebenso wirkt die gesetzlich gewährte Stundung zu Gunsten des einfachen Bürgen [2].

Dagegen hat die Rechtsprechung [3] entschieden, daß sich der solidarische Bürge nicht auf die dem Hauptschuldner vom Gesetz oder Richter eingeräumte Stundung berufen darf. Die Stundung sei höchstpersönlicher Natur und dem an den Gesamtschuldner anzugleichenden solidarischen Bürgen gemäß Art. 1208 Abs. 2 C. civ. zu versagen [4]. Die den solidarischen Bürgen als akzessorischen Schuldner behandelnde Literatur [5] ist dabei in ihrer Mehrheit kritiklos der Rechtsprechung gefolgt und hat lediglich auf die höchstpersönliche Natur der dem Hauptschuldner eingeräumten Stundung abgestellt.

bb) Verjährung (prescription).

Ist die Hauptschuld verjährt, darf der Hauptschuldner die geschuldete Leistung nach § 222 Abs. 1 BGB verweigern. Der Bürge darf die Verjährung der Hauptschuld, die nach Übernahme der Bürgschaft eingetreten ist, dem verfolgenden Gläubiger ebenfalls entgegenhalten [6], da sich der Bestand der Hauptforderung verändert hat und ihr jetzt eine dauernde Einrede entgegensteht [7]. Doch läßt sich dieses Ergebnis bereits aus § 223 Abs. 1 BGB ableiten. Unter den dort auf-

---

1) Marty, RtDC 1939,783; Holleaux, Anm. zu Req. D. 1931,1,73,75; Lyon, D. 1910,5,1, vgl. weiter Ferid, S. 779.

2) Holleaux, a.a.O.; vgl. weiter Dijon, S. 1918/19,2,44.

3) Bastia, D. 1916,2,20 und Req. S. 1939,1,161.

4) Zustimmend die den solidarischen Bürgen an den Gesamtschuldner angleichende Literatur, vgl. Sigalas, Nr. 71; Hervé, S. 99 und Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1406.

5) Mazeaud III, Nr. 49; Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Dalloz I, Nr. 237, S. 553; Aubry et Rau VI, § 423, S. 272 und Juris-Classeur civil, Art. 2021-2027, Nr. 53.
Ripert-Boulanger II, Nr. 1896 weisen lediglich auf die Entscheidung des Kassationshofs in S. 1939,1,161 hin, ohne ihr ausdrücklich zuzustimmen. a.A. Roubier, Anm. zu Req. S. 1939,1,161.

6) Staudinger-Brändl, Rziff. 16 zu § 765 und Anm. 2 zu § 768 BGB und Palandt-Thomas, Anm. 1 zu § 765 BGB.

7) Larenz II, § 58 I, S. 322.
Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld unterbricht aber nicht die Verjährung der Bürgschaft, da letztere einer eigenen, 30jährigen Verjährung unterliegt, OLG Kiel, SeuffA 62,79.

gezählten, akzessorischen Sicherungsrechten, deren Haftung von der Verjährung der gesicherten Forderung unberührt bleibt, wird die Bürgschaft nicht erwähnt.

Der Bürge des Code civil, sei er einfacher [1] oder solidarischer Natur [2], darf sich gemäß Art. 2036 Abs. 1 C. civ. auf die Verjährung der Hauptschuld berufen und die Leistung wie der Hauptschuldner verweigern, da die Verjährung als eine der Hauptschuld innewohnende Einwendung angesehen wird. Der Bürge darf selbst dann den Verjährungseinwand erheben, wenn seine Verpflichtung erst nach der des Hauptschuldners fällig wird [3].

cc) Rechtskraft (autorité de la chose jugée).

Ist in einem Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Hauptschuldner eine Entscheidung zu Gunsten des Hauptschuldners ergangen, darf der Bürge dem Gläubiger das Urteil entgegenhalten [4]. Die Rechtskraft der Entscheidung erstreckt sich auch auf den Bürgen [5]. Dagegen wirkt sich ein zum Nachteil des Hauptschuldners ergangenes Urteil nicht gegen den Bürgen aus [6].

---

1) Planiol-Ripert XI, Nr. 1552; Turley, S. 72 und Ferid, S. 779.

2) Guillouard, Nr. 161 und Req. S. 1905,1,185. Sigalas, Nr. 117 kommt zum gleichen Ergebnis, begründet es aber mit den Vorschriften der Gesamtschuld.

3) Labbé, Anm. zu Civ. S. 1887,1,5.
Unerheblich dabei ist, daß der Gläubiger die Verjährung gegenüber dem Bürgen unterbrochen hat, Sigalas, Nr. 75. Die Unterbrechung der Verjährung der Hauptschuld unterbricht die Verjährung der einfachen Bürgschaft. Art. 2250 C. civ., vgl. dazu Lenfant, S. 29 und Morandière III, Nr. 537,4.
Das gleiche Ergebnis gilt für den solidarischen Bürgen, da auf ihn bezüglich der zweitrangigen Wirkungen das für die Gesamtschuldner geltende Prinzip der gegenseitigen Vertretung angewandt wird, Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Dalloz I, Nr. 236, S. 552; Ripert-Boulanger II, Nr. 1896 und Req. D. 1931,1,73 mit Anm. von Holleaux.

4) Staudinger-Brändl, Vbem. 41 zu § 765 BGB und BGH WM 1965, 579.

5) BGH NJW 1970,279.
Zwischen Bürge und Hauptschuldner entsteht aber keine notwendige Streitgenossenschaft, Fenge, NJW 1971,1920.
Bisher hatte allerdings das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangene Urteil keine Rechtskraft gegenüber dem Bürgen, WarnRspr. 1909,448 und BGH NJW 1952,178.

6) RGZ 56, 110, 111 und 122, 148.

Ebenso darf sich der einfache Bürge nach Art. 2036 Abs. 1 C. civ. auf das dem Hauptschuldner günstige Urteil berufen [1], da der Bestand der Hauptschuld unmittelbar berührt wird. Umgekehrt muß sich der Bürge die gegen den Hauptschuldner ergangene Entscheidung gegen sich gelten lassen [2].

Das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner rechtskräftig gewordene Urteil wirkt dagegen sowohl für als auch gegen den solidarischen Bürgen, da das zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehende Prinzip der gegenseitigen Vertretung auch im Hinblick auf die Rechtskraft Anwendung findet [3].

dd) Die Einreden nach § 770 Abs. 1 und 2 BGB [4].

Hat der Hauptschuldner das die Verbindlichkeit begründende Rechtsgeschäft wirksam angefochten, darf der Bürge die Nichtigkeit der Hauptschuld einwenden [5]. Solange der Hauptschuldner berechtigt ist, das Rechtsgeschäft anzufechten, aber noch nicht angefochten hat, darf der Bürge seine Leistung verweigern, § 770 Abs. 1 BGB [6]. Die Anfechtung des Rechtsgeschäfts selbst ist dem Bürgen versagt, da es sich um ein höchstpersönliches Gestaltungsrecht des Hauptschuldners handelt, das nur er ausüben darf [7].

---

1) Dijon, D. 1862,2,146; Troplong, Nr. 510; Sigalas, Nr. 74 und Lenfant, S. 29.

2) Dalloz I, Nr. 245, S. 554.

3) Mazeaud III, Nr. 49; Ripert-Boulanger II; Nr. 1896; Aubry et Rau VI, § 423, S. 272;
ebenso die Rechtsprechung, vgl. Civ. D.: 1923,1,112 und Paris, D. 1929, 2,89 mit zustimmender Anm. von Chéron. Das gegen den solidarischen Bürgen ergangene Urteil wirkt umgekehrt für und gegen den Hauptschuldner, Civ. D. 1886,1,251 und Planiol-Ripert XI, Nr. 1539.

4) Der Bürge des BGB ist außerdem berechtigt, die dem Hauptschuldner zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, RGZ 84,230; 137,3738 und BGH NJW 1957, 986.
Das französische Recht kennt zwar ebenfalls die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, vgl. Planiol-Ripert VI, Nr. 440 ff. 457 und ein Zurückbehaltungsrecht des Hauptschuldners, vgl. Dalloz IV, Nr. 8 ff., S. 704 und Nr. 14 ff., S. 704-706, doch haben Rechtsprechung und Literatur sich nicht mit der Frage befaßt, ob der Bürge die beiden Einreden erheben darf.

5) Staudinger-Brändl, Rziff. 1 zu § 770 BGB.

6) vgl. dazu RGZ 66, 334.

7) BGB-RGRK-Fischer, Anm. 1 zu § 779 BGB und RGZ 66, 333.

Hat der Hauptschuldner mit einer Gegenforderung aufgerechnet, erlischt mit der Hauptschuld auch die Bürgschaft [1]. Kann sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen, ist der Bürge gemäß § 770 Abs. 2 BGB berechtigt, die Leistung bis zur Erklärung der Aufrechnung einstweilen zu verweigern [2]. Da die Aufrechnung als persönliches Gestaltungsrecht nur vom Hauptschuldner ausgeübt werden kann, ihre Erklärung also von seinem Willen abhängt [3], darf der Bürge nicht an Stelle des Hauptschuldners mit dessen Gegenforderung aufrechnen [4].

3. Zusammenfassung.

Ein Vergleich zeigt, daß die Bürgschaft des deutschen und französischen Rechts von der Hauptschuld dauernd abhängt, was im einzelnen zu meist gleichen Ergebnissen führt. Maß und Umfang der Hauptschuld werden durch die Hauptverbindlichkeit bestimmt. Die Bürgschaft, gleichsam der Schatten der Hauptschuld, nimmt grundsätzlich an allen Veränderungen teil, die aus dem Hauptschuldverhältnis erwachsen und den Bestand der Hauptschuld beeinträchtigen. Die Abhängigkeit will sicherstellen, daß der Gläubiger vom Bürgen nicht mehr bekommt, als was er vom Hauptschuldner zu bekommen hat.

Vorschriften wie die der §§ 222 Abs. 2, 232 Abs. 2 BGB oder des Art. 2012 Abs. 2 C. civ. deuten andererseits darauf hin, daß die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld nicht ausnahmslos durchgeführt worden ist [5].

---

1) Soergel-Schmidt, Anm. 4 zu § 767 BGB.

2) RGZ 122,147 und BGH NJW 1957, 986.
Esser II, § 87 III 3 spricht von einem vorläufigen Leistungsverweigerungsrecht.

3) RGZ 66, 333 und 122,147.

4) RGZ 122,147 und BGH NJW 1957,986.
Nach Bönner, S. 43 ist § 770 BGB ebenfalls Ausfluß des Akzessorietätsprinzips.

5) Das Akzessorietätsprinzip ist in Deutschland vereinzelt als falsch und unnötig abgelehnt worden. So möchte es Heck, Sachenrecht, S. 325 ff., auf die akzessorischen Pfandrechte beschränkt, durch eine Zweckgemeinschaft befriedigungshalber ersetzen. Der Anspruch des Gläubigers werde sowohl durch die Personalforderung als auch durch das Pfandrecht gesichert. Versage das eine Recht, greife das andere durch.
Von Lübtow, S. 330 ff., der hier anknüpft, führt den Begriff des Anrechts ein, um die "Anomalie" des Akzessorietätsprinzips, auch auf die Bürgschaft

ZWEITER TEIL:

DIE EINSCHRÄNKUNGEN DER ABHÄNGIGKEIT

Die Akzessorietät der Bürgschaft folgt aus ihrem wirtschaftlichen Zweck, die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu sichern [1]. Der Sicherungsgrund entfällt, wenn die Forderung nicht mehr besteht oder ihr eine dauernde Einrede entgegensteht. D e Abhängigkeit der Bürgschaft deckt sich daher in der Regel mit dem Sicherungszweck. Aus der unmißverständlichen Formulierung des § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB und des Art. 2013 Abs. 1 C. civ. könnte allerdings gefolgert werden, daß die Abhängigkeit nicht nur die Regel, sondern überhaupt oberstes Prinzip sein soll, dem andere Erwägungen nachzuordnen sind [2]. Doch hat der Gesetzgeber umgekehrt den Abhängigkeitsgrundsatz eingeschränkt und beispielsweise in § 193 Satz 2 KO und Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 bestimmt, daß die Verpflichtung des "Bürgen" unberührt bleibt, obwohl dem Hauptschuldner im Zwangsvergleich die Schuld erlassen worden war. Die Abhängigkeit wurde "durchbrochen" [3].

Die Frage, welches der beiden Merkmale, Abhängigkeit oder Sicherungszweck, letzten Endes vorgeht, hat sich besonders dann gestellt, wenn durch Gesetz die Schuld herabgesetzt oder gestundet wurde, eine den Bürgen betreffende Vorschrift in den beiden Rechtsordnungen, wie sich der Eingriff auf seine Verpflichtung auswirkt, aber fehlte.

Die hierzu vertretenen Auffassungen reichen von der unbedingten Verfechtung eines strengen Akzessorietätsprinzips bis zur alleinigen Berücksichtigung des Sicherungszwecks. Zwar scheint ein streng angewandtes Akzessorietätsprinzip dem Buchstaben des Gesetzes zu entsprechen, trägt aber dem Sicherungszweck, dessen Bedeutung durch die umstürzenden wirtschaftlichen Ereignisse der Vergangenheit gestiegen ist, nicht genügend Rechnung. Eine rigorose Durchführung des

---

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 57:

bezogen, erklären zu können. Das Anrecht, ein subjektives Recht, das in dem von der Rechtsordnung anerkannten Interesse bestehe, einen Gegenstand empfangen und behalten zu dürfen, werde durch schuld- und sachenrechtliche Mittel gesichert. Sowohl die Forderung als auch das Pfandrecht oder die Bürgschaft dienten dem Zweck, die Erfüllung des Anrechts zu sichern und seien insoweit von Entstehung und Bestand des Anrechts abhängig.

1) Bettermann, NJW 1953,1817.

2) so Staudinger-Weber, Anm. G 434 zu § 242 BGB.

3) BGB-RGRK-Fischer, Vbem. 5 zu § 765 BGB.

Abhängigkeitsgrundsatzes wäre daher geeignet, den Sicherungszweck der Bürgschaft zu entwerten [1]. Eine ausschließliche Betonung des Sicherungszwecks hätte dagegen zur Folge, daß der von der Bürgschaft zu deckende Risikobereich einen unbegrenzten Umfang annähme und die Abgrenzung zum Garantievertrag aufzuheben drohte [2]. Die Bürgschaft soll nur etwas bereits Bestehendes sichern und nicht etwas Neues schaffen [3].

So scheinen sich Abhängigkeit und Sicherungszweck einander auszuschließen, obwohl beide miteinander harmonieren, da sich die Eigenschaft eines Rechtsinstituts, hier die Abhängigkeit der Bürgschaft, aus dessen Zweck, der Sicherungsfunktion der Bürgschaft, ableitet [4]. Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, welches Ausmaß der Sicherungszweck der Bürgschaft hat.

A. In der Gesetzgebung

I. Die Motive zum BGB und die Vorbereitenden Arbeiten (Traveaux préparatoires) zum Code civil

1. Die deutschen Protokolle.

Aus den Protokollen [5] ergibt sich, daß sich der Gesetzgeber bereits bei Schaffung des BGB mit der Frage beschäftigt hat, welche Bedeutung dem Sicherungszweck der Bürgschaft zugemessen werden muß. In der für die Bürgschaft zuständigen Kommission wurde beantragt, die Vorschrift des § 671 Abs. 2, dem späteren § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB, allgemeiner zu fassen. Er sollte lauten: "Ausgeschlossen ist die Geltendmachung von Mängeln, welche aus der Vermögens-

---

1) Staudinger-Brändl, Rziff. 11 zu § 768 BGB.
Nach Rieck, S. 114 ist der Sicherungszweck das einzige, der Akzessorietät übergeordnete Moment, ebenso Westerkamp, S. 131.

2) Beitzke, NJW 1952, 844.

3) Rieck, S. 124 und Westerkamp, S. 135.

4) Nach Reichel, S. 85 liegt die teleoligische Ratio der Akzessorietät im Sicherungszweck der Bürgschaft, ähnlich Bettermann, NJW 1953, 1817.

5) Protokolle II, S. 466.

unzulänglichkeit des Hauptschuldners sich ergeben, insbesondere die Geltendmachung der den Erben des Hauptschuldners auf Grund des Inventarrechts zustehenden Einrede [1].

Der Antrag wurde jedoch abgelehnt, da man der Ansicht war, daß in diesem Rahmen außer dem beneficium competentiae keine anderen Fälle in Betracht kämen [2]. Der Gesetzgeber glaubte, mit der auf den Erben beschränkten Vorschrift eine ausreichende Regelung getroffen zu haben [3]. Zudem bot die durch eine Novelle von 1898 geänderte Bestimmung des § 193 Satz 2 KO [4] dem Gläubiger genügend Schutz, da seine Rechte gegenüber dem Bürgen unberührt blieben.

Daraus darf nicht der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber mit der Fassung des § 768 BGB eine unumstößliche Regelung hat schaffen wollen. Er konnte offensichtlich die politischen und wirtschaftlichen Krisen, die einmal Gesetz und Recht beeinflussen und den Sicherungszweck der Bürgschaft in ein anderes Licht rücken sollten, nicht voraussehen.

Die Auffassung, daß eine Ausdehnung des § 671 Abs. 2 in der vorgeschlagenen Form nicht notwendig sei, muß daher als Irrtum bezeichnet werden [5], da mit der ursprünglichen Fassung des späteren § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB die Auseinandersetzung um das Ausmaß des Sicherungszwecks erheblich erleichtert, wenn nicht überhaupt überflüssig geworden wäre [6]. Die Protokolle lassen sich daher nicht als Antwort auf die Frage heranziehen, wie Abhängigkeit und Sicherungszweck voneinander abzugrenzen sind [7].

---

1) Das schweizerische Obligationenrecht bestimmt in seinem Art. 502 Abs. 2 Satz 1, daß der Bürge berechtigt und verpflichtet ist, dem Gläubiger die Einreden entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner oder einem Erben zustehen und sich nicht auf die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners stützen.

2) Protokolle, a.a.O.

3) Daraus folgert BGHZ 6, 390, daß Abhängigkeit und Sicherungszweck miteinander vereinbar seien.

4) vgl. dazu Jaeger-Weber, Anm. 5 zu § 193 KO.

5) Jauernig, NJW 1953, 1207.

6) Reinicke, MDR 1952, 708, Solheid, S. 104 und Jauernig, NJW 1953, 1207 sprechen von einer echten Gesetzeslücke.

7) Solheid, S. 100 und 101.

2. Die Vorbereitenden Arbeiten (Traveaux préparatoires).

Die Vorbereitenden Arbeiten zum Code civil [1] haben sich im einzelnen nicht mit Akzessorietät und Sicherungszweck auseinanderzusetzen brauchen, da die französischen Juristen, die mit der Kodifikation des Code civil beauftragt waren, auf das altfranzösische Recht zurückgreifen konnten, das die Bürgschaft bereits in eine moderne Form gebracht hatte [2].

Die Schaffung einer § 671 Abs. 2 vergleichbaren Bestimmung wurde nicht erwogen, da die akzessorische Natur der Bürgschaft sie zu erübrigen schien und wegen der damals herrschenden stabilen wirtschaftlichen Verhältnisse auch nicht erforderlich erscheinen ließ, zum andern dem Bürgen die höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners nach Art. 2036 Abs. 2 C. civ. versagt waren. Außerdem stellte der § 193 Satz 2 KO entsprechende Art. 545 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967) sicher, daß sich der Gläubiger beim wirtschaftlichen Zusammenbruch des Hauptschuldners uneingeschränkt an den Bürgen halten durfte. Im übrigen ging der Gesetzgeber davon aus, daß der Daseinszweck der Bürgschaft nur solange gerechtfertigt ist, als die zu sichernde Hauptschuld besteht [3]. Eine Antwort auf die Abgrenzung zwischen Akzessorietät und Sicherungszweck ist daher den Vorbereitenden Arbeiten ebensowenig wie den Motiven zum BGB zu entnehmen.

II. Das BGB und der Code civil

1. Das BGB.

a) § 222 Abs. 2 i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB.

Der Gesetzgeber hat bereits im Allgemeinen Teil des BGB die Abhängigkeit der Bürgschaft eingeschränkt, da nach § 222 Abs. 2 i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB für eine bereits verjährte Forderung eine Bürgschaft wirksam bestellt werden kann. Die Einschränkung wird damit gerechtfertigt, daß eine verjährte Schuld

1) vgl. dazu Locré, S. 318 ff.
2) Die Art. 2011 ff. C. civ. geben daher im großen und ganzen das von Pothier entwickelte altfranzösische Recht wieder, vgl. Troplong, Nr. 13 und seine häufige Bezugnahme auf Pothier in seinen Fußnoten.
3) Mazeaud III, Nr. 22.

immer noch eine, wenn auch einredebehaftete Vollschuld bleibe, die als Grundlage für eine Bürgschaft ausreiche [1].

Doch macht es einen Unterschied, ob der Bürgschaft eine durchsetzbare oder eine einredebehaftete Forderung zugrundeliegt [2]. Dem Bürgen, der gemäß § 768 Abs. 1 BGB die nachträgliche Verjährung der Hauptschuld geltend machen darf [3], müßte die Einrede der Verjährung ebenfalls versagt werden, da die nachträglich verjährte Hauptschuld eine einredebehaftete Vollschuld bleibt. § 222 Abs. 2 i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB stellen daher in Wirklichkeit eine Ausnahme von der Abhängigkeit der Bürgschaft dar [4], aus der sich aber wegen ihrer geringen Bedeutung kein weiterer Schluß ziehen läßt [5].

b) § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB.

In § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB, der dem Bürgen die dem Erben des verstorbenen Hauptschuldners zustehende Einrede der beschränkten Erbenhaftung versagt, hat der Gesetzgeber eine Bestimmung geschaffen, aus der ein großer Teil der Literatur [6] und die Rechtsprechung [7] folgern, daß § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB die Abhängigkeit zu Gunsten des Sicherungszwecks durchbreche. Werde dem Bürgen verweigert, sich wie der neue Hauptschuldner auf die in den §§ 1975 ff. BGB geregelte beschränkte Erbenhaftung zu berufen, treffe der Gesetzgeber eine Ausnahme von dem in § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB verankerten Prinzip, nach dem der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen dürfe. Das Motiv der in § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB getroffenen Regelung sei im Zweck der Bürgschaft zu suchen, trotz Vermögensverfalls des Hauptschuldners die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sicherzustellen. Eine strenge Anwendung des Akzessorietätsprinzips nähme dem Gläubiger aber die Sicherheit, die ihm durch die Bürgschaft gerade zuteil werden sollte.

---

1) Westerkamp, S. 84.
2) Siber, S. 243.
3) Palandt-Thomas, Anm. 1 zu § 765 BGB.
4) Siber, S. 243 und Staudinger-Weber, Anm. E 579 zu § 242 BGB.
5) Staudinger-Weber, a. a. O.
6) vgl., im Anschluß an die Motive II, S. 663, Esser II, § 87 III 2; Larenz II, § 58 II, S. 322; Soergel-Schmidt, Anm. 6 zu § 767 und Anm. 7 zu § 768 BGB; BGB-RGRK-Fischer, Anm. 13 zu § 767 und Anm. 2 zu § 768 BGB; Palandt-Thomas, Anm. 2a zu § 768; Staudinger-Weber, Anm. E 579 zu § 242 BGB; Leonhard, S. 320; Siber, S. 234 und Beitzke, NJW 1952, 843. Enneccerus-Lehmann, § 192 IIIa sprechen lediglich von einer Ausnahme, ohne auf den Sicherungszweck Bezug zu nehmen.
7) RGZ 134, 129; BGHZ 6, 390 und BGH LM Nr. 2 zu § 767 BGB.

Dieser Auffassung wird entgegengehalten [1], daß sich § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB aus der besonderen Gestaltung des Erbrechts erkläre, da die Einrede der beschränkten Erbenhaftung dem Schuldner nicht in seiner Eigenschaft als Hauptschuldner, sondern als Erbe zugesprochen worden sei. Es wäre unbillig, den neuen Hauptschuldner, auf den gemäß § 1922 i. V. m. den §§ 1967 ff. BGB das passive Vermögen übergehe, für eine von ihm nicht begründete Verbindlichkeit mit seinem persönlichen Vermögen haften zu lassen, falls der Nachlaß zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreiche. Die Einrede wolle daher nur verhindern, daß das persönliche Vermögen des Erben als zusätzliches Haftungsobjekt herangezogen werde. Der Erbfall solle weder den Gläubiger begünstigen, noch den Erben und jetzigen Hauptschuldner benachteiligen [2].

Statt des bisherigen Hauptschuldners und seines Vermögens hafte jetzt der Nachlaß, für dessen Unzulänglichkeit der Bürge nach wie vor einzustehen habe. Der Unterschied bestehe lediglich darin, daß an Stelle des verstorbenen Hauptschuldners dessen Nachlaß getreten und gleichsam zum versachlichten Hauptschuldner geworden sei [3]. Da die Einrede der beschränkten Erbenhaftung den Bestand der Hauptschuld nicht verändere [4], sei § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB auch keine Ausnahme der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld [5].

2. Der Code civil.

a) Die Inventareinrede (bénéfice d'inventaire).

Der Code civil enthält keine § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB vergleichbare Vorschrift. Doch kennt auch das französische Recht eine der beschränkten Erbenhaftung entsprechende Einrede. Nach Art. 793 ff. C. civ. steht dem Erben das Recht zu, die Inventareinrede mit der Wirkung zu erheben, daß er für die Nachlaßschulden nur noch in Höhe des auf ihn übergegangenen Erbvermögens haftet, Art. 802 C.

---

1) Westerkamp, S. 89; Rieck, S. 115; Sittler, S. 23; Stüben, S. 88 und Bönner, S. 44 und 45.

2) Sittler, S. 23; Westerkamp, S. 89 und Rieck, S. 115, Fußnote 1), da sich der Erbe durch die Einrede der beschränkten Erbenhaftung gegen eine ihm fremde Last wehre.

3) Westerkamp, S. 90 und Rieck, S. 115, ähnlich Bönner, S. 44.

4) Stüben, S. 88.

5) Rieck, S. 115, Fußnote 1).
Staudinger-Brändl, Rziff. 8 zu § 768 BGB sprechen von einer scheinbaren Ausnahme.

civ. [1]. Die Inventareinrede führt von Rechts wegen die Trennung der beiden Vermögen herbei [2].

Der Gesetzgeber hat es aber nicht für notwendig gehalten, im Rahmen der Bürgschaftsvorschriften eine besondere Regelung zu treffen, die dem Bürgen die Berufung auf die Inventareinrede verweigert. Der Grund wird wohl in dem Umstand zu suchen sein, daß die Inventareinrede dem Schutz des Erben dient und nicht die Hauptschuld berührt, ein entsprechender Zusatz in Art. 2036 C. civ. daher nicht aufgenommen zu werden brauchte [3].

b) Art. 2012 Abs. 2 i. V. m. Art. 2036 Abs. 2 C. civ.

In Art. 2036 Abs. 2 C. civ. wird bestimmt, daß der Bürge nicht die höchstpersönlichen Einwendungen des Hauptschuldners geltend machen darf. Das Gesetz sagt nicht, welche Einwendungen höchstpersönlicher Natur sind und welche nicht. Literatur [4] und Rechtsprechung [5] sind aber einheitlich der Auffassung, daß unter den Begriff der höchstpersönlichen Einwendung des Art. 2036 Abs. 2 C. civ. nur die auf der Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners beruhende Einwendung fällt, Art. 2036 Abs. 2 C. civ. muß daher immer in Verbindung mit Art. 2012 Abs. 2 C. civ. gelesen werden. Daraus folgt, daß der Bürge alle Einwendungen des Hauptschuldners geltend machen darf, die nicht mit der Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners zusammenhängen.

Da die Verpflichtung des geschäftsunfähigen Hauptschuldners nach Feststellung der Nichtigkeit als unvollkommene Verbindlichkeit fortlebt [6], der Bürge aber uneingeschränkt verpflichtet bleibt, weicht Art. 2012 Abs. 2 C. civ. vom akzessorischen Charakter der Bürgschaft ab [7]. Art. 2012 Abs. 2 C. civ. stellt daher, da für eine unvollkommene Verbindlichkeit keine vollkommene Bürgschafts-

---

1) vgl. dazu Ripert-Boulanger IV, Nr. 2546 ff. und Mazeaud IV, Nr. 1112 ff., 1119 ff.

2) Civ. D. 1882,1,364.

3) so auch Turley, S. 56, Fußnote 261).

4) Ripert-Boulanger II, Nr. 1916; Aubry et Rau VI, § 426, S. 283; Mazeaud III, Nr. 22; Planiol-Ripert XI, Nr. 1547; Holleaux, Anm. zu Req. D. 1931,1,75 und Sigalas, Nr. 66; ebenso Ferid, S. 780.

5) Paris, D. 1906,2,26 und Req. S. 1939,1,161 (rapport Dumas).

6) Civ. S. 1897,1,225 mit Anm. von Esmein; Dalloz III, Nr. 14, S. 653 und Aubry et Rau IV, § 297 2a, S. 9,10.

7) Belanglos ist dabei, ob der Bürge die Geschäftsunfähigkeit kannte oder nicht, Paris, Rap. not. 1956,249.

verpflichtung begründet werden kann [1], eine Ausnahme von der Abhängigkeit der Bürgschaft dar [2].

Die Ratio des Art. 2012 Abs. 2 C. civ. dürfte in der Einstandspflicht des Bürgen, den Gläubiger auch gegen diese Art von Risiko zu schützen, zu suchen sein [3]. Dem Gläubiger wird erlaubt, mit dem geschäftsunfähigen Hauptschuldner in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten, ohne fürchten zu müssen, wegen seiner Forderung nicht befriedigt zu werden. Umgekehrt bleibt der Minderjährige ebenfalls geschützt, da er nicht sein Recht verliert, das Rechtsgeschäft im Wege der Nichtigkeitsklage für ungültig erklären zu lassen [4].

III. Die Konkurs- und Vergleichsordnung und das Gesetz vom 13. 7. 1967 (Loi sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes) [5]

1. Die §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO.

Die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, sein "auf einem länger dauernden Mangel an Zahlungsmitteln beruhendes Unvermögen, seine Geldverbindlichkeiten zu erfüllen" [6], führt zur Einleitung des Konkursverfahrens, § 102 KO. Da es oft im Interesse des Gläubigers liegt, die wirtschaftliche Existenz des Schuldners trotz dessen Konkursreife zu erhalten, steht den beteiligten Gläubigern die Möglichkeit offen, statt der Abwicklung des Konkursverfahrens und der damit verbundenen Liquidierung des Schuldnerbetriebs mit dem Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich gemäß den §§ 173 ff. KO zu schließen [7].

---

1) Ripert, La règle morale, Nr. 191.
2) Mazeaud III, Nr. 17; Aubry et Rau VI, § 424, S. 274, Fußnote 5 und Turley, S. 57.
3) Planiol, Nr. 1924 und Mazeaud III, Nr. 17.
4) Mazeaud III, Nr. 17.
Trotzdem bleibt zu fragen, ob der Gläubiger einen solchen Schutz verdient. Ihm ist bewußt, daß das mit dem Geschäftsunfähigen abgeschlossene Rechtsgeschäft aufgehoben werden kann.
5) Journal officiel vom 14. 7. 1967, S. 7059, in Kraft seit 1. 1. 1968.
6) Jaeger-Lent, Einl., S. L.
7) Jaeger-Weber, Anm. 1 ff. zu § 173 KO.

Den gleichen Zweck verfolgt, wobei nach § 1 VerglO die vorherige Konkurseröffnung nicht Voraussetzung ist, das gerichtliche Vergleichsverfahren gemäß den §§ 2 ff. VerglO [1]. In beiden Vergleichsverfahren schließen der Gemein- oder Vergleichsschuldner und die Gläubiger einen vom Konkurs- oder Vergleichsgericht zu bestätigenden Vertrag, vgl. § 184 Abs. 1 KO und § 78 Abs. 1 VerglO, durch den, um eine zumindest teilweise Befriedigung der Gläubiger zu ermöglichen, die Verbindlichkeiten des Schuldners meist teilweise erlassen oder gestundet werden [2].

Die Rechte der Gläubiger gegen den Bürgen des Gemein- oder Vergleichsschuldners werden dabei nicht berührt, § 193 Satz 2 KO und § 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO. Der Bürge darf sich auf den Erlaß oder die Stundung nicht berufen, sondern muß für die Erfüllung der Hauptschuld in der ursprünglich vereinbarten Höhe einstehen, ohne daß er später gegen den Hauptschuldner Rückgriff nehmen darf [3]. Die §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO scheinen daher mit dieser Regelung die Abhängigkeit der Bürgschaft zu durchbrechen [4].

Dieser Ansicht hält die h. M. in Literatur und Rechtsprechung entgegen, daß der erlassene Teil der Forderung als unvollkommene Verbindlichkeit fortbestehe [5]. Als Begründung wird auf die §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO selbst verwiesen. Da die Verpflichtung des Bürgen, die den rechtlichen Bestand einer Forderung voraussetze, durch den Erlaß der Hauptschuld nicht berührt werde, müsse gefolgert werden, daß der erlassene Teil der Forderung als unvollkommene Verbindlichkeit bestehen bleibe. Der Bürgschaft wäre sonst jede Basis entzogen. Die übrig bleibende, unvollkommene Verbindlichkeit sei hingegen als Forderung im rechtlichen Sinne zu verstehen und reiche als Grundlage für das

---

1) vgl. dazu Bley, Anm. 1 ff. zu § 2 VerglO.

2) Jaeger-Weber, Anm. 1 zu § 193 KO und Bley, Anm. 2a zu § 82a VerglO. Die §§ 196 Abs. 1 und 197 Abs. 1 KO sprechen im übrigen ausdrücklich vom "Erlaß" der Forderung.

3) Mentzel-Kuhn, Anm. 10 zu § 193 KO. § 82 Abs. 2 Satz 2 VerglO befreit den Vergleichsschuldner ausdrücklich auch gegenüber dem Bürgen.

4) BGB-RGRK-Fischer, Vbem. 6 zu § 765 BGB.
Der außergerichtliche Erlaßvergleich wirkt dagegen immer zu Gunsten des Bürgen, RGZ 92, 123 und Jaeger-Weber, Anm. 21 zu 193 KO.

5) Jaeger-Weber, Anm. 5 zu § 193 KO; Staudinger-Weber, Einl. L 21 zu § 241 BGB; RGZ 160, 138 und BGH NJW 1971, 2219. Nach Bley, Anm. 16b besteht der erlassene Teil als reiner Rechtsgrund für die Bürgschaftshaftung fort.

Fortbestehen der Bürgschaft aus [1]. Die Verpflichtung des Bürgen bleibe rechtlich und tatsächlich eine Bürgschaft und sichere jetzt den nichterlassenen Teil als unvollkommenes Schuldverhältnis [2].

Der Wortlaut der §§ 196 Abs. 1 und 192 Abs. 1 KO, der jeweils vom Erlaß der Forderung spricht [3], hat diese Auffassung nicht beeinträchtigen können. Ihre Richtigkeit schien umso überzeugender zu sein, als eine über die Restforderung hinausgehende Bürgschaft nicht mehr diesen Namen tragen dürfte, da sonst der sie stützende Rechtsgrund gefehlt hätte. Ginge nämlich die Forderung schlechthin unter, müßte die Bürgschaft entweder ebenfalls erlöschen oder als selbständige Verpflichtung fortbestehen [4]. Tatsächlich ist die Auffassung vertreten worden, daß sich die Verpflichtung des Bürgen, soweit sie über den Erlaß hinausgeht, verselbständige [5] oder den gleichen Inhalt wie eine Verpflichtung aus einem uneigentlichen Strafversprechen oder einem selbständigen Garantievertrag aufweise [6].

---

1) Jaeger-Weber, Anm. 5 zu § 193 KO; Mentzel-Kuhn, Anm. 8 zu § 193 KO; Böhle-Stamschräder, Anm. 4 zu § 193 KO; Vogels-Nölte, Anm. III 3 i. V. m. Anm. IV und IV 2 zu 82 VerglO; Böhle-Stamschräder, Anm. 3 zu § 82 VerglO und RGZ 153, 342.
Nach Bley, Anm. 16a zu § 82 VerglO behält damit die Bürgschaft ihre Akzessorietät; ebenso Schönke-Baur, § 55 D I 1, da eine volle Schuld der Bürgschaft zugrundeliege.
a.A. Schmidt, S. 47 und Lucas, Anm. IV zu § 73 VerglO, da sich mit dieser Konstruktion die Ausnahmevorschriften der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO nicht zufriedenstellend erklären ließen; ebenso Schemmel, S. 30, der diese Konstruktion überhaupt ablehnt und v. Lübtow, S. 334.

2) Jaeger-Weber, Anm. 18 zu § 193 KO.

3) Nach v. Lübtow, S. 334 ist dieser Versicherung des Gesetzes unbedingt Glauben zu schenken.

4) Jaeger-Weber, Anm. 5 zu § 193 KO.

5) Nach Landsberg, S. 61 wird der Bürge, soweit der Erlaß der Forderung reicht, zum Hauptschuldner.

6) Krawielicki, S. 210. Der Bürge dürfe daher nur in Höhe des nicht erlassenen Teils gegen den Hauptschuldner Rückgriff nehmen, während, läge wirklich eine Bürgschaft vor, er auch bezüglich des nicht erlassenen Teils auf den Hauptschuldner zurückgreifen könnte.
Doch versagt auch die h. M. dem Bürgen das Regreßrecht, soweit dem Hauptschuldner die Schuld erlassen worden ist, Mentzel-Kuhn, Anm. 10 zu § 193 KO und RG Gruchot 50, 1121.

Bei der Frage, ob der Bürge, der im ursprünglichen Umfang verpflichtet bleibt, tatsächlich noch als Bürge anzusehen oder nicht eher, was am nächsten liegt, einem Garanten gleichzustellen ist, darf es nicht ausschließlich auf den in den §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO verwandten Wortlaut ankommen. Für die Bestimmung der Rechtsnatur einer Verpflichtung ist nicht allein der ihr gegebene Name maßgebend [1]. Entscheidend ist vielmehr der jetzige tatsächliche und rechtliche Inhalt, den die Verpflichtung inzwischen angenommen hat. Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, daß der Bürge wegen der akzessorischen Natur seiner Verpflichtung in der Regel nicht zu mehr als der Hauptschuldner verpflichtet werden kann oder noch haften muß, obwohl der Hauptschuldner nicht mehr zur Erfüllung gezwungen werden kann. Geht die Bürgschaft trotzdem quantitativ oder qualitativ über die Hauptforderung hinaus, liegt neben der Bürgschaft insoweit eine selbständige Verpflichtung vor, die ein Garantieversprechen sein kann [2]. Verzichtet der Bürge umgekehrt darauf, den zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarten Erlaß dem verfolgenden Gläubiger gegenüber einzuwenden oder verzichtet er überhaupt auf eine ihm nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehende Einrede, wird die Bürgschaft ebenfalls zu einem selbständigen Schuldversprechen, das als Garantievertrag ausgelegt werden kann [3]. Ähnlich könnte daher auch jener Teil der Bürgschaft, der weiterhin die Erfüllung des im Zwangsvergleich oder gerichtlichen Vergleich erlassenen Teils der Hauptschuld sichert, als selbständiges Schuld- oder Garantieversprechen verstanden werden.

Dieser Auslegung wird von der h. M. entgegengehalten, daß der erlassene Forderungsteil als unvollkommene Verbindlichkeit fortbestehe, die Bürgschaft damit über eine ausreichende Stütze verfüge [4]. Demgegenüber bleibt zu berück-

---

Fortsetzung der Fn. 6) von S. 67:

Zum Begriff des uneigentlichen Strafversprechens, vgl. Krawielicki, S. 189.

Nach Bönner, S. 60 und 61 haftet der Bürge als Schuldner eigener Art weiter und sei jetzt dem Gläubiger zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der ihm aus dem Zwangsvergleich entstanden sei.

1) WarnRspr 1916, 130 und RG JW 1923, 368. Doch beziehen sich die beiden Entscheidungen mehr auf die von den Parteien gewählten Ausdrücke.

2) Planck-Oegg, Anm. 9 zu § 765 BGB und Staudinger-Brändl, Rziff. 22 zu § 765 BGB.

3) Staudinger-Brändl, Rziff. 13 zu § 768 BGB; Soergel-Schmidt, Anm. 15 zu § 765 BGB und RG JW 1916, 398, Nr. 4.

4) Trotzdem wird wenig später, was bereits hier angedeutet sei, von den §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO als einer Ausnahme von der Abhängigkeitsregel gesprochen, vgl. vorweg Jaeger-Weber, Anm. 5 und 18 zu § 193 KO.

sichtigen, daß die Bürgschaft ursprünglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit sicherte, die vom Gläubiger, leistete der Hauptschuldner nicht freiwillig, zwangsweise durchgesetzt werden konnte [1]. Wird aber im Zwangsvergleich oder gerichtlichen Vergleich die Hauptschuld herabgesetzt, wird die Abhängigkeit der Bürgschaft, gleichgültig, ob der erlassene Teil als unvollkommene Verbindlichkeit [2] oder als reiner Rechtsgrund [3] fortbesteht oder zu einer der verjährten Forderung ähnlichen, einredebehafteten Vollschuld wird [4], nicht minder eingeschränkt [5], als wenn die Hauptschuld gemäß § 397 BGB erlassen wird. Die vorher einklagbare Forderung ist, wenn nicht zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit, so doch zu einer Forderung geworden, der in Höhe des erlassenen Teils eine dauernde Einrede entgegensteht. Es macht aber einen Unterschied, ob eine Forderung klagbar oder klaglos ist oder ihrer Geltendmachung zumindest ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht entgegensteht [6]. Eine solche Veränderung muß sich auf die Bürgschaft auswirken, da die Verpflichtung des Bürgen, fehlt eine Sonderregelung oder stehen der Abhängigkeit vorgehende Gesichtspunkte nicht entgegen, zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit wird, wenn die Hauptverbindlichkeit unvollkommen geworden ist [7]. Ebenso darf der Bürge eine der Hauptschuld entgegenstehende Einrede erheben [8], falls der Gesetzgeber ihre Geltendmachung dem Bürgen nicht versagt oder die Abhängigkeit aus anderen Gründen zurückzutreten hat.

Die in § 222 Abs. 2 i.V.m. § 232 Abs. 2 BGB getroffene Regelung kann nicht als Beweis dafür herangezogen werden, daß eine wirksame Bürgschaft für eine unvollkommene Verbindlichkeit möglich ist, da im Rahmen der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO eine Bürgschaft für eine ursprünglich vollkommene Verbindlichkeit begründet wurde, die erst nachträglich ihre Vollkommenheit verloren hat. Die Ausnahmeregelung des § 222 Abs. 2 i.V.m. § 232 Abs. 2 BGB ließe sich nur dann als analoges Beispiel verwenden, wenn zu entscheiden wäre, ob für die Ausfallforderung des Zwangsvergleichs oder gerichtlichen Vergleichs eine neue Bürgschaft wirksam bestellt werden kann.

---

1) Siber, S. 63 und 242 und Enneccerus-Lehmann, § 3 I.
2) Jaeger-Weber, Anm. 5 zu § 193 KO.
3) Bley, Anm. 16b zu § 82 VerglO.
4) Larenz I, § 2 III, S. 14.
5) Siber, S. 63; ähnlich Lucas, Anm. IV zu § 73 VerglO und Schmidt, S. 46.
6) Siber, S. 243.
7) KG NJW 1956, 1481.
8) Soergel-Schmidt, Anm. 4 zu § 768 BGB, die Einrede der nach Übernahme der Bürgschaft eintretenden Verjährung der Hauptschuld betreffend.

Auf die Ausfallforderung könnte dagegen nur der Fall der nachträglich verjährten Forderung oder der des § 82 des Bundesvertriebenen- und Flüchtlingsgesetzes, wonach die Schulden der Vertriebenen und Flüchtlinge zu unvollkommenen Verbindlichkeiten werden [1], entsprechend angewandt werden. Nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB darf sich aber der Bürge sowohl auf die nachträglich eingetretene Verjährung der Hauptschuld [2], als auch auf den Umstand berufen, daß die ursprünglich vollkommenen Verpflichtungen der Vertriebenen und Flüchtlinge zu unvollkommenen Verbindlichkeiten geworden sind [3]. Folgerichtig müßte der Bürge den im Zwangsvergleich oder gerichtlichen Vergleich ausgesprochenen "Erlaß" der Hauptschuld dem Gläubiger gegenüber in gleicher Weise geltend machen dürfen. Da ihm dieser Einwand jedoch durch die §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO versagt wird, verkörpern beide Vorschriften in Wahrheit eine Ausnahme vom Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft [4]. Der Ausnahmecharakter der beiden Bestimmungen wird selbst von jenem Teil der Literatur anerkannt, der versucht, die akzessorische Natur der Bürgschaft unter Hinweis auf die trotz Erlaß übrig bleibende, unvollkommene Verbindlichkeit aufrechtzuerhalten [5].

---

1) KG NJW 1956, 1481.

2) Soergel-Schmidt, Anm. 4 zu § 768 BGB.

3) KG NJW 1956, 1481.

4) so die ganz h. M., vgl. Enneccerus-Lehmann, S. 192 III i. V. m. III b; Esser II, § 87 III 2; Larenz II, § 58 I, S. 322; Palandt-Thomas, Anm. 3b zu § 765 BGB; BGB-RGRK-Fischer, Anm. 13 zu § 767 BGB; Soergel-Schmidt, Anm. 6 zu § 767 und Anm. 7 zu § 768 BGB; Staudinger-Brändl, Rziff. 11 zu § 768 BGB; Vogels-Nölte, Anm. IV 2 zu § 82 VerglO; Gadow, DGemeinWiR 1936, 465; Hollburg, S. 51; Siber, S. 243; Lucas, Anm. IB a zu § 73 VerglO; Schmidt, S. 47; Coing, NJW 1951, 384 und Beitzke, NJW 1952, 843; ebenso die Rechtsprechung, vgl. BGZ 92, 123; 113; 319 und 320; 134, 129; 148, 66 und 67, im Anschluß daran BGHZ 6, 391.
Für OLG Hamburg, NJW 1955, 1152 und KG NJW 1956, 1482 sind die §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO nicht bloße Ausnahmefälle, sondern drücken einen allgemeinen Rechtsgedanken aus.

5) vgl. Jaeger-Weber, Anm. 5 und 18 zu § 193 KO, die in der unverminderten Forthaftung des Bürgen eine bedeutsame Besonderheit gegenüber den Regelsätzen der §§ 767 und 768 BGB erblicken, da die Abhängigkeit der Bürgschaft durchbrochen werde; ebenso Mentzel-Kuhn, Anm. 8 und 9 zu § 193 KO und Schönke-Baur, § 53 B III 1a i. V. m. § 55 D 1.
Nach Bley, Anm. 16a und 20c zu § 82 VerglO bedeutet § 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO eine Abänderung der §§ 767 und 768 BGB.
Staudinger-Weber, Anm. E 578 zu § 242 und Stüben, S. 93 wenden dagegen ein, daß der Grundsatz der Abhängigkeit materiellrechtlich zu verste-

Der Grund, der den Gesetzgeber zu dieser Regelung im Rahmen des Zwangsvergleichs und des gerichtlichen Vergleichs bewogen hat, ist im Sicherungszweck der Bürgschaft zu suchen [1]). Der wirtschaftliche Zweck der Bürgschaft, dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen, muß sich gerade dann erweisen, wenn der Hauptschuldner leistungsschwach geworden ist und seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann. Der Bürge hat somit die Folgen des durch die

---

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 70:

hen sei, der Zwangsvergleich die materielle Schuld aber unberührt lasse und lediglich die Haftung einschränke.

Die beiden Vorschriften stellten daher nur eine scheinbare Ausnahme dar. Genügte jedoch als Grundlage für die Bürgschaft die bloße Schuld, hätte es der Bestimmungen der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO, wie auch die des § 222 Abs. 2 i. V. m. § 232 Abs. 2 BGB nicht erst bedurft, da es sich von selbst verstände, daß der Bürge trotz Wegfall der Haftung in der Person des Hauptschuldners unverändert forthaften müßte. Umgekehrt dürfte die Haftung des Bürgen auch dann nicht berührt werden, wenn die Hauptschuld nachträglich verjährt. Sowohl Staudinger-Weber, Anm. E 577 zu § 242 BGB, als auch Stüben S. 59 gestehen dem Bürgen aber wegen der akzessorischen Natur seiner Verpflichtung das Recht zu, die Einrede der Verjährung geltend zu machen.

Andererseits gehört es zum Wesen der Forderung, einklagbar zu sein, Staudinger-Weber, Einl. C 16 zu § 241 BGB und Larenz I, § 2 III, S. 13. Die Abhängigkeit kann sich daher nicht auf die bloße Schuld beziehen, sondern muß auch die Haftung umfassen. Daß die zu sichernde Verbindlichkeit des § 765 Abs. 1 BGB durchsetzbar ist, beweisen auch die Einrede der Vorausklage und das Rückgriffsrecht des Bürgen. Der Gläubiger darf den Bürgen erst belangen, nachdem er erfolglos die Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen versucht hat, § 771 BGB. Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage beseitigt lediglich die Subsidiarität der Bürgschaft, nicht aber die Durchsetzbarkeit der Hauptverbindlichkeit, da der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, in jedem Fall gegen den Hauptschuldner Regreß nehmen und die auf ihn übergegangene Forderung einklagen darf.

1) Jaeger-Weber, Anm. 18 zu § 193 KO; Bley, Anm. 18b zu § 82 VerglO; Vogels-Nölte, Anm. IV 2 zu § 82 VerglO; Larenz II, § 58 I, S. 322; Esser II, § 87 III 2; Palandt-Thomas, Anm. 3b zu § 765 BGB; Soergel-Schmidt, Anm. 6 zu § 767 BGB; BGB-RGRK-Fischer, Anm. 13 zu § 767 BGB und Staudinger-Brändl, Rziff. 11 zu § 768 BGB;
ebenso die Rechtsprechung, vgl. RGZ 92, 320; 134, 129; 148; 68; 153, 342; OLG Hamburg NJW 1955, 1152 und KG NJW 1956, 1482.

Zahlungsunfähigkeit hervorgerufenen wirtschaftlichen Zusammenbruchs des Hauptschuldners zu tragen, gleichgültig, ob er damit gerechnet hat oder nicht[1]. Allein aus dem wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft erklären sich daher die Vorschriften der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO [2].

Da der Eingriff in die Hauptverbindlichkeit ausschließlich wegen der wirtschaftlichen Not des Hauptschuldners erfolgt, widerspräche es Sinn und Zweck der Bürgschaft, den Eingriff auf die Bürgschaft auszudehnen [3]. Am Beispiel der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO zeigt sich damit, daß die Abhängigkeit der Bürgschaft vom Gesetzgeber nicht ausnahmslos durchgeführt worden ist. Andererseits wird offenbar, daß die Abhängigkeit sich nicht als entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zum Garantievertrag eignet. Eine streng verstandene Abhängigkeit müßte nämlich dazu führen, entweder den Erlaß auf den Bürgen zu erstrecken oder die Verpflichtung des Bürgen, soweit sie den erlassenen Teil sichert, künftig als verselbständigte Verpflichtung oder als Garantievertrag zu behandeln.

Der Abhängigkeit kommt jedoch keine vorrangige Bedeutung zu [4], da sie lediglich eine Folge des die Bürgschaft charakterisierenden Sicherungszwecks ist [5]. Sie soll zwar verhindern, daß der Gläubiger mehr als die vom Bürgen gesicherte Forderung bekommt [6], nicht aber die Sicherung des Gläubigers in sinnwidriger Weise entwerten [7]. Der Sicherungszweck geht daher zumindest dann der Abhängigkeit vor, wenn der Gläubiger wegen des auf den einzelnen Schuldner beschränkten Vermögensverfalls keine Befriedigung zu erlangen vermag [8]. Der Bürge wird damit noch nicht zum Garanten, sondern bleibt ein wirklicher Bürge.

Daraus folgt weiter, daß die Abgrenzung zum Garantievertrag nur aus dem der Bürgschaft spezifischen Sicherungszweck und dessen Umfang gewonnen werden kann. Das von der Bürgschaft zu deckende Risiko darf natürlich nicht unbegrenzt

---

1) RGZ 134,129.

2) RGZ 134,129.

3) Coing, NJW 1951,384 und KG NJW 1956,1482.
OLG Hamburg NJW 1956,1152 folgert daraus, daß bei jedem Vermögensverfall des Hauptschuldners der in den §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO innewohnende Rechtsgedanke anzuwenden sei.

4) KG NJW 1956,1482.

5) Bettermann, NJW 1953,1817 und Esser II, § 87 I 3, ebenso KG WM 1958,1345.

6) Staudinger-Brändl, Vbem. 11 zu § 765 BGB.

7) Jauernig, NJW 1953,1207 und Bettermann, NJW 1953,1817.

8) OLG Hamburg NJW 1955,1152.

sein, da sonst die Bürgschaft mit dem Garantievertrag tatsächlich auf eine Ebene zu stellen wäre [1]. Der Bürge muß aber, ohne daß seine Verpflichtung den Charakter einer abhängigen Schuld verliert, für die Erfüllung der Verbindlichkeit jedenfalls dann einstehen, wenn die Hauptschuld aus Gründen der persönlichen Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners in ihrem Bestand verändert wird [2].

2. Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 [3].

Nach Art. 1 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 muß der Schuldner, der seine Zahlungen einstellt, binnen 14 Tagen eine Erklärung über seine Leistungsfähigkeit vor dem zuständigen Gericht abgeben, das daraufhin das gerichtliche Schlichtungsverfahren eröffnet. Besteht die Möglichkeit, die wirtschaftliche Existenz des Gemeinschuldners zu erhalten, indem ihm seine Verbindlichkeiten erlassen oder gestundet werden, kann zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern eine dem Zwangsvergleich der KO ähnliche Vereinbarung (concordat) abgeschlossen werden. Der Schuldner unterbreitet hierbei der Gläubigerversammlung ein Angebot, unter welchen Bedingungen er einen Teil seiner Schulden zu begleichen gedenkt, Art. 67 ff. des Gesetzes vom 13. 7. 1967 [4].

Der Vergleich, der den Charakter einer Kollektivvereinbarung trägt [5] und dem Konkursverfahren ein Ende setzt [6], kann darin bestehen, daß die Verbindlichkeiten des Schuldners gestundet (concordat par atermoiement) [7] oder, die Re-

---

1) KG WM 1958,1345.
2) KG WM 1955,1930 und KG WM 1958,1345.
3) Diese Bestimmung ist mit dem früheren Art. 524 C. com. identisch. Deshalt bleibt die auf Art. 524 C. com. bezügliche Literatur und Rechtsprechung auch für Art. 49 des Gesetzes von 1967 bedeutsam. Die Zitate in den nachfolgenden Fußnoten beziehen sich, soweit nicht anders vermerkt, sämtlich auf Art. 524 C. com.
4) vgl. dazu (betr. Art. 556 ff. C. com., wo die Materie früher geregelt war) Ripert II, Nr. 3084 ff.; Morandière-Rodière II, Nr. 308 ff. und Escarra, Nr. 1558 ff.
5) Ripert II, Nr. 3081.
6) Percerou II, Nr. 1345.
7) vgl. dazu Ripert II, Nr. 3109; Morandière-Rodière II, Nr. 313 und Percerou II, Nr. 1365.
Die Fristverlängerung ist aber keine richterliche Stundung (délai de grâce), Cass. S. 1907,1,135.

gel, teilweise erlassen werden (concordat de remise) [1]. Der Zwangsvergleich, den das Gericht bestätigen muß, Art. 72 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 [2], ersetzt die alten Vertragsbeziehungen und stellt künftig das Gesetz der Parteien dar [3]. Durch die Stundung oder den teilweisen Erlaß der Hauptschuld verlieren die Gläubiger aber nicht ihre Rechte gegen den Bürgen. Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 bestimmt, daß die Gläubiger die Mitverpflichteten des Schuldners wegen der ganzen Forderung belangen können. Unter den Begriff des Mitverpflichteten fällt der einfache wie der solidarische Bürge [4].

Der Hauptschuldner wird jedoch durch den Erlaß von seiner Verpflichtung nicht vollkommen befreit. Die teilweise erlassene Forderung erlischt nicht, sondern lebt als unvollkommene Verbindlichkeit, die erfüllbar, aber nicht erzwingbar ist, fort [5]. Darüberhinaus kann dem Schuldner die Verpflichtung auferlegt werden, den erlassenen Forderungsteil zu begleichen, sobald sich seine Vermögenssituation wieder gebessert hat. Die übrig gebliebene, unvollkommene Verbindlichkeit lebt dann wieder zu einer einklagbaren Verpflichtung auf [6].

---

1) vgl. dazu Thaller-Percerou, Nr. 2096; Escarra, Nr. 1597 und Ripert II, 3108.

2) vgl. dazu (betr. Art. 524 C. com., der die Materie früher regelte), Argenson-Toujas, Nr. 693 ff.

3) Escarra, Nr. 1592 und Ripert II, Nr. 3103.
Der Zwangsvergleich bewirkt keine Novation der Schuld. Cass. D.P. 1866,1,298; Req. S. 1892,1,365 und Argenson-Toujas, Nr. 727.

4) Morandière-Rodière II, Nr. 313; Argenson-Toujas, Nr. 734 und Sigalas, Nr. 70 und 116.
Trotz des klaren Wortlauts des Art. 524 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967) haben die Gerichte den Gesetzestext immer wieder gegenüber den sich auf den "Erlaß" berufenden Bürgen bestätigen müssen, vgl. Req. D.P. 1901,1,325; Req. D.P. 1908,1,225; Req. D. 1938,1,13; Civ. D.A. 1941, 65 und Paris, J.C.P. 1958,2, Nr. 10779; ebenso, der Rechtsprechung folgend, Battifol, Ann.D.C. 40,228; Wattiez, S. 138; Aubin, S. 185 und Mazeaud III, Nr. 36.

5) So die h. M., vgl. Lyon-Caen et Renault VII, Nr. 617; Percercou II, Nr. 1368; Ripert II, Nr. 1311 2; Mazeaud I, Nr. 363; CE D. 1948,425.

6) Cass. com. J.C.P. 1962,2, Nr. 12438 mit Anm. von Gavalda; vgl. weiter Ripert II, Nr. 1311 und Escarra, Nr. 1597, der in Fußnote 4) vorschlägt, die gerichtliche Sanktion des Zwangsvergleichs vom Vorhandensein einer solchen Verpflichtung (clause de retour à meilleur fortune) abhängig zu machen.

Ein Teil der französischen Literatur [1] hat den Fortbestand der Bürgschaft nach Zwangsvergleich unter Hinweis auf die fortbestehende, unvollkommene Verbindlichkeit erklärt, da eine solche Verbindlichkeit dem Erfordernis des Art. 2012 Abs. 1 C. civ. genüge und als Basis für eine wirksame Bürgschaft ausreiche. Die Abhängigkeit der Bürgschaft werde dadurch nicht beeinträchtigt [2]. Die neuere Literatur [3] und die Rechtsprechung [4] beschränken sich dagegen auf die bloße Feststellung, daß der Erlaß nur gegenüber dem Hauptschuldner wirke, während der Bürge im ursprünglichen Umfang forthafte [5]. Der Grund für diese Sonderre-

1) Troplong, Nr. 504; Lyon-Caen et Renault VII, Nr. 617; Bertauld, Anm. zu Caen D. 1868,2,97 und Lyon-Caen, Anm. zu Req. S. 1906,1,481.

2) Zwar lassen auch Thaller-Percerou, Nr. 2105 und Percerou II, Nr. 1375 eine unvollkommene Verbindlichkeit als Grundlage für eine Bürgschaft genügen, sehen jedoch darin kein entscheidendes Argument für die Wahrung der Abhängigkeit der Bürgschaft. Die im concordat aimable, einer Art freiwilligem Vergleich zwischen Schuldner und Gläubiger, vgl. dazu Escarra, Nr. 1587, teilweise erlassene Schuld bestehe ebenfalls als unvollkommene Verbindlichkeit fort, doch dürfe sich der Bürge auf diesen Erlaß berufen, da Art. 524 C. com. (jezt Art. 49 Gesetz von 1967) nur auf den Zwangsvergleich Anwendung finde.

3) Escarra, Nr. 1597 b; Ripert II, Nr. 3114; Argenson-Toujas, Nr. 734 und 754; Morandière-Rodière II, Nr. 313 und Mazeaud III, Nr. 22.

4) Req. D. 1901,1,325 und Req. S. 1906,1,481.

5) Zu der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung ist grundsätzlich zu bemerken, daß eine unvollkommene Verbindlichkeit nicht das Merkmal der in Art. 2012 Abs. 1 C. civ. verlangten, gültigen Verbindlichkeit, die durchsetzbar sein muß, vgl. Ripert, La règel morale, Nr. 191, erfüllt, Aubry et Rau, VI § 425, S. 274. Die unvollkommene Verbindlichkeit kann daher auch nicht als ausreichende Basis für die Begründung einer vollkommenen Bürgschaftsverpflichtung genügen, so die h. M., vgl. Aubry et Rau IV, § 297 3d; Planiol-Ripert XI, Nr. 1517; Mazeaud I, Nr. 368. Das Fortbestehen der Hauptschuld als unvollkommene Verbindlichkeit kann somit nicht als Rechtfertigung dafür dienen, daß der Bürge uneingeschränkt weiterhaftet. Die Bürgschaft müßte vielmehr wie im Fall der verjährten Hauptschuld, vgl. Mazeaud III, Nr. 22, die ebenfalls zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit wird, Beudant et Lerebours-Pigeonnière VIII, Nr. 683 II, auf Grund ihrer akzessorischen Natur die gleiche unvollkommene Gestalt wie die zugrundeliegende Hauptschuld annehmen, ähnlich Thaller-Percerou, Nr. 2105 und Percerou II, Nr. 1375. Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 schränkt daher wie der ihm entsprechende § 193 Satz 2 KO die Abhängigkeit der Bürgschaft ein.

gelung liegt eben in dem Zweck der Bürgschaft, die Erfüllung der Hauptschuld zu sichern [1], wie dies auch für § 193 Satz 2 KO festgestellt worden ist. Gerade im Zwangsvergleich, der eine Folge der Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners ist, hat sich die Nützlichkeit der Bürgschaft zu erweisen [2]. Zwar darf der Bürge, der geleistet hat, keinen Rückgriff gegen Hauptschuldner nehmen [3], doch hat der Bürge ein solches Risiko durch seine Verpflichtung übernommen [4], da er dem Gläubiger für den Verlust einstehen muß, der aus der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners resultiert [5].

Vernunft und Billigkeit haben daher diese gesetzliche Regelung bestimmt, die an sich gar nicht hätte geschrieben zu werden brauchen [6]. Sie ist nicht Ausfluß eines altruistischen Gedankens [7], sondern ist bedingt durch die individuelle Notlage des leistungsunfähig gewordenen Hauptschuldners [8]. Gerade aus Furcht vor dem Eintritt einer solchen Situation verlangt der Gläubiger einen Bürgen [9].

---

1) Percerou II, Nr. 1375 bis und Escarra, Nr. 1598.

2) Percerou II, Nr. 1375 bis.

3) Battifol, Anm. D.C. 40,228; Sigalas, Nr. 116; Req. S. 1902,1,41 und Besancon, D. 1933,2,89.

4) Thaller-Percerou, Nr. 2106.

5) Aubry et Rau VI, § 429 1, Fußnote 6-3; Planiol-Ripert VII, Nr. 1313 und Wattiez, S. 138.

6) Bertauld, Anm. zu Caen, D. 1868,2,97; Lyon-Caen et Renault VII, Nr. 619 und Lyon-Caen, Anm. zu Reg. S. 1906,1,481;
vgl. weiter Delvincourt, Page 140, S. 253; Percerou II, Nr. 1375 bis; Sigalas, Nr. 116; Wattiez, S. 138 und Paris, D. 1870,2,10.

7) Sigalas, Nr. 116.

8) Wattiez, S. 138 und L. Mazeaud, S. 848.
Savatier II, Nr. 878, Dalloz I, Nr. 257, S. 555 und wohl auch Ripert II, Nr. 3114 sehen in Art. 524 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967) eine rein persönliche Einwendung des Hauptschuldners. Doch abgesehen davon, daß unter diesen Begriff nur die Einrede der Geschäftsunfähigkeit fällt, Mazeaud III, Nr. 22, trägt der im concordat aimable vereinbarte Erlaß nicht weniger persönlichen Charakter, da die Gläubiger auch hier darauf abzielen, die wirtschaftliche Existenz des Hauptschuldners zu erhalten. Trotzdem wirkt der Erlaß auch zu Gunsten des Bürgen, vgl. dazu Percerou II, Nr. 1376.

9) Wattiez, S. 138.

IV. Die Gesetzgebung nach den beiden Weltkriegen

Die Vorschriften der Konkurs- und Vergleichsordnung und des Gesetzes vom 13. 7. 1967 bestimmen die gesetzlichen Folgen der beim Schuldner eintretenden Zahlungsunfähigkeit, die gewöhnlich nicht das Resultat einer besonderen, das ganze Wirtschaftsleben treffenden Krise ist. Die den Zwangsvergleich und gerichtlichen Vergleich regelnden Bestimmungen sind abstrakter Natur, die stets dann zur Anwendung kommen, wenn der Schuldner in Vermögensverfall geraten ist.

Die später erlassenen Sondergesetze haben dagegen immer einen konkreten Anlaß zum Ausgangspunkt gehabt. Ihr Erlaß bezog sich auf eine besondere, meist durch die beiden Weltkriege hervorgerufene, wirtschaftliche Notsituation, in die plötzlich ganze Schuldnergruppen geraten waren [1]. Die jeweils erlassenen Gesetze bezogen sich nicht auf ein künftig zu erwartendes Geschehnis, sondern waren die Antwort auf eine Wirtschaftskrise, die einzelne Schuldnerkreise erfaßt hatte. Um ihre wirtschaftliche Existenz zu erhalten, sah sich der Gesetzgeber genötigt, helfend einzugreifen und die Verbindlichkeiten zu stunden oder herabzusetzen. Er hat dabei gleichzeitig in mehreren Fällen die Frage mitentschieden, wie sich der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis auf die Verpflichtung des Bürgen auswirkt.

1. Die Abhängigkeit wird bestätigt.

a) Die deutsche Gesetzgebung.

aa) § 35 des Gesetzes zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. 6. 1933 (Schuldenregelungsgesetz - SchuldRegelG) [2].

Obwohl die deutsche Landwirtschaft durch die Inflation teilweise von ihren Schulden befreit worden war, geriet sie wenig später erneut in große wirtschaftliche Schwierigkeiten. 1932 waren etwa 70 % der landwirtschaftlichen Betriebe nicht mehr in der Lage, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen [3]. Um der immer mehr um sich greifenden Verschuldung zu begegnen, wurde am

---

1) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 155.

2) RGBl 1933, I, 331.
Lediglich die §§ 91-94 SchuldRegelG sind durch § 1 des Gesetzes zur Abwicklung der landwirtschaftlichen Entschuldung vom 25. 3. 1952 (BGBl 1952, I, 203) aufgehoben worden.

3) Staudinger-Weber, 10. Aufl., Rziff. 347 zu § 242 BGB.

1. 6. 1933 das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse erlassen.

Nach § 1 SchuldRegelG konnte der Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebs, der sich nicht durch eigene Mittel zu entschulden vermochte, beim zuständigen Amtsgericht, das nach § 4 SchuldRegelG die Entschuldungsstelle zu ernennen hatte, die Eröffnung des Entschuldungsverfahrens beantragen. Seine Eröffnung war gemäß § 3 SchuldRegelG unter anderem dann abzulehnen, wenn über das Vermögen des Betriebsinhabers bereits das Konkursverfahren eröffnet worden war. Entsprechend bestimmte § 24 SchuldRegelG, der den mit "Zwangsvergleich" überschriebenen zweiten Abschnitt des Gesetzes einleitete, daß die Entschuldungsstelle, falls nach ihrer Ansicht das Entschuldungsverfahren nur bei Zustandekommen eines Zwangsvergleichs durchführbar war, mit Zustimmung des Betriebsinhabers beim Amtsgericht um die Ermächtigung nachzusuchen hatte, einen Zwangsvergleich abzuschließen. Die Entschuldungsstelle, die zu diesem Zweck nach § 28 Satz 1 SchuldRegelG einen Vergleichsvorschlag aufzustellen hatte, war nach § 29 Abs. 1 Nr. II SchuldRegelG berechtigt, Forderungen, die nicht durch Hypotheken gesichert waren, ohne Zustimmung des Gläubigers um die Hälfte zu kürzen. Die gesetzlich vorgenommene Schuldabwertung führte zum Erlöschen der Hauptschuld [1]. § 35 SchuldRegelG bestimmte ergänzend, daß sich die Herabsetzung der Forderung auch auf die Bürgschaft auswirkte [2]. Mit dieser Bestimmung habe der Gesetzgeber verhindern wollen, daß der Bürge, vom Gläubiger in Anspruch genommen, seinerseits gegen den Hauptschuldner Rückgriff nehme, was Absicht und Erfolg des Schuldenregelungsgesetzes vereitelt hätte [3].

Andererseits wird aus dem Umstand, daß sich das Schuldenregelungsgesetz auf eine ganze Kategorie von Schuldnern bezog und jedem landwirtschaftlichen Betriebsinhaber gestattete, das Entschuldungsverfahren zu beantragen, gefolgert [4], daß der Eingriff mit Rücksicht auf einen allgemeinen, überindividuellen Not-

---

1) Staudinger-Weber, 10. Aufl., Rziff. 349 zu § 242 BGB.

2) Vorher hatte § 6 Abs. 1 der Osthilfedurchführungsverordnung vom 12. 3. 1932, RGBl 1932, I, 130 demgegenüber bestimmt, daß die Rechte der Gläubiger gegen die Bürgen durch die Herabsetzung der Forderung nicht berührt wurden. Durch § 7 der 6. Osthilfedurchführungsverordnung vom 7. 7. 1933, RGBl. 1933, I, 464, wurde § 6 mit § 35 SchuldRegelG in Übereinstimmung gebracht.

3) Wessel, DJ 1938, 891 und Reinicke, MDR 1952, 709.
Schütz, ZAkDR 1938, 156 wirft dagegen dem Gesetzgeber vor, nicht eine § 193 Satz 2 KO entsprechende Vorschrift geschaffen zu haben, um den Rückgriff des Bürgen auszuschließen.

4) Coing, NJW 1951, 385 und, ihm folgend, Jauernig, NJW 1953, 1209.

stand erfolgt sei. Bei der dabei vorgenommenen Verteilung des Schadens zwischen Gläubiger und Schuldner wäre es sinnwidrig gewesen, den Bürgen von dieser Regelung auszunehmen und allein den Schaden tragen zu lassen [1].

Dagegen wird jedoch eingewandt [2], daß sich die damals herrschenden, krisenhaften Zustände nicht nur auf die Landwirtschaft beschränkten. Von ähnlichen Wirtschaftskrisen seien auch andere Personenkreise betroffen worden, ohne daß der Gesetzgeber es für nötig gefunden habe, helfend einzugreifen. Die gesetzgeberische Untätigkeit im Hinblick auf die Landwirtschaft hätte freilich zur Folge gehabt, daß über einen großen Teil der landwirtschaftlichen Betriebe der Konkurs hätte eröffnet werden müssen. Dieser Entwicklung habe der Gesetzgeber durch Erlaß des Schuldenregelungsgesetzes vorbeugen wollen, wobei die Entschuldung, hätten die entsprechenden Voraussetzungen vorgelegen, im Wege des Zwangsvergleichs vorgenommen worden sei. Es wäre daher nur folgerichtig gewesen, § 35 SchuldRegelG einen § 193 Satz 2 KO entsprechenden Inhalt zu geben, da es sich beim Schuldenregelungsgesetz um ein den besonderen landwirtschaftlichen Bedingungen angepaßten Vergleichsverfahren gehandelt habe [3].

Der Gesetzgeber, solchen Bedenken wohl Rechnung tragend, modifizierte § 35 SchuldRegelG in der einige Zeit später erlassenen Verordnung über die Behandlung der Mitschuldner und Bürgen im Schuldenregelungsverfahren vom 16. 2. 1937 [4], indem er in Art. 2 bestimmte, daß auf Antrag der Entschuldungsstelle oder des Gläubigers das Entschuldungsamt feststellen könne, wie sich die im Schuldenregelungsverfahren getroffene Entscheidung auf die Verpflichtung des Bürgen auswirke. Hierbei könne von § 35 SchuldRegelG abgewichen werden, wenn die gänzliche oder teilweise Freistellung des Bürgen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, insbesondere der Leistungsfähigkeit des Bürgen,

---

1) Nach BGHZ 6, 393 diente § 35 SchuldRegelG zur Klarstellung der bis dahin auf die Osthilfe beschränkten Entschuldungsregelung, habe aber im übrigen die akzessorische Natur der Bürgschaft bestätigen wollen.

2) Schütz, ZAkDR 1938, 156.

3) BGB-RGRK-Fischer, Anm. 13 zu § 767 BGB.
Schütz, ZAkDR 1938, 156 spricht im Hinblick auf § 35 SchuldRegelG von einem unbilligen Ergebnis, ähnlich Wessel, DJ 1938, 891 und Reinicke, MDR 1952, 709. In der Tat hätte § 35 SchuldRegelG entgegengesetzt lauten müssen, da die Entschuldung, im Wege des Zwangsvergleichs stattfindend, auf die einzelne Situation des Schuldners abstellte und nicht jedem Betrieb ohne Rücksicht auf seine Vermögenslage Entschuldung gewährt.

4) RGBl 1937, I, 238.

"gesundem Volksempfinden" widerspräche. Der Gesetzgeber hat damit noch nachträglich die Sicherungsfunktion der Bürgschaft in Rechnung gestellt [1].

bb) § 4 der Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlaß des Krieges vom 30.11.1939 (Vertragshilfeverordnung = VHV) [2] i.V.m. der Ausführungsverordnung vom 23.9.1940 (AVO) [3].

Die VHV vom 30.11.1939 bezweckte, wie aus ihrem Vorspruch ersichtlich ist, zwischen den durch die Kriegsverhältnisse unverschuldet in Not geratenen Schuldnern und ihren Gläubigern eine billige und gerechte Abwicklung ihrer Verpflichtung herbeizuführen [4].

Nach § 1 Abs. 1 VHV konnte ein Gewerbetreibender, der infolge der Auswirkungen des Krieges in seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wesentlich beeinträchtigt worden war, die in den §§ 2 bis 5 VHV vorgesehenen Vertragshilfemaßnahmen des Richters in Anspruch nehmen. Der Richter hatte dabei nach § 1 Abs. 2 VHV die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Vertragsteile zu berücksichtigen [5] und in seiner auf den Einzelfall abgestellten Entscheidung den Schaden entsprechend zwischen Gläubiger und Schuldner zu verteilen [6].

Um eine schnelle und zu einer Wiedergesundung der Betriebe führenden Abwicklung der Verpflichtungen erreichen zu können, ermächtigte § 4 VHV den Richter, die Miet- und Pachtzinsforderungen für einen bestimmten Zeitraum um einen beiden Beteiligten angemessenen Betrag, aber nicht mehr als die Hälfte, herabzusetzen. Eine § 35 SchuldRegelG vergleichbare Bestimmung enthielt die VHV nicht. Erst die auf Grund von § 36 VHV erlassene AVO vom 23.9.1940 bestimmte in Nr. 2b, daß die Herabsetzung des Miet- oder Pachtzinses die Verpflichtung des Bürgen gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB verringere. Der AVO lag ebenfalls, wie einleitend nochmals festgestellt wurde, die Überlegung zugrunde, den durch den Krieg in Not geratenen Gewerbetreibenden eine möglichst durchgreifende Hilfe zu bieten. Ihr Zweck war darauf gerichtet, die Verteilung

---

1) Wessel, DJ 1938, 892 und Reinicke, MDR 1952, 709 und 710.
2) RGBl. 1919, I, 2319, aufgehoben durch § 21 Nr. 4 des Gesetzes über die richterliche Vertragshilfe vom 26.3.1952, BGBl. 1952, I, 198.
3) DJ 1940, 1085.
4) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 160 und Staudinger-Weber, Anm. G 47 ff. zu § 242 BGB.
5) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 156 und 161.
6) Volkmar, DJ 1939; Kegel-Rupp-Zweigert, S. 160 und 165 und Staudinger-Weber, Anm. G 47 zu § 242 BGB.

des durch den Krieg hervorgerufenen Schadens nicht einseitig dem Bürgen aufzubürden [1].

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis zwar die Folge einer allgemeinen, durch den Krieg bedingten Notlage war, dabei aber auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Hauptschuldners abstellte [2] und davon die Herabsetzung des Miet- oder Pachtzinses abhängig machte. Die auf die Vermögensunzulänglichkeit der einzelnen Schuldner bezogene Vertragshilfe [3], die ihm zur Aufrechterhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz gewährt worden war, müßte daher auf den Hauptschuldner beschränkt bleiben und dürfte sich wegen des Sicherungszwecks der Bürgschaft nicht auf die Verpflichtung des Bürgen auswirken [4].

b) Die französische Gesetzgebung.

In einer Reihe von Sondergesetzen hat auch der französische Gesetzgeber den zwischen den beiden Weltkriegen auftauchenden Wirtschaftskrisen Rechnung tragen müssen. Er hat sich dabei mehrmals bejahend zu der Frage geäußert, ob sich der Bürge auf die dem Hauptschuldner vom Gesetz eingeräumten Vergünstigungen berufen darf.

---

1) Nach Coing, NJW 1951, 385 ist die VHV, wie schon das Schuldenregelungsgesetz, ein Eingriff in die Hauptforderung, der Ausfluß eines allgemeinen Notstands gewesen sei und die Gläubigerrechte im Sinne einer Schadensverteilung beschränkt habe. Diese Beschränkung müsse im Zweifel auch dem Bürgen zugutekommen. Reinicke, MDR 1952, 710 sprechen dagegen von einem Sonderfall, da bei der gewöhnlichen Vertragshilfe, selbst wenn sie auf Kriegsschäden beruhe, die Herabsetzung der Forderung sich nicht auf die Bürgschaft ausdehne.
Nach Jauernig, NJW 1953, 1209 kann es dahingestellt bleiben, ob hier ein Sonderfall vorgelegen habe, der eine solche Regelung rechtfertigte. Eine besondere Bedeutung könne der AVO jedenfalls nicht eingeräumt werden.

2) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 156 und 161.

3) Volkmar, DJ 1938, 1856.

4) So, ohne sich auf die VHV zu beziehen, OLG Stuttgart HEZ 1, 96 unter Hinweis auf den wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft, ebenso OLG Schleswig, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1950, 261, das hingegen neben anderen Verordnungen auch auf die VHV Bezug nimmt.
Im Hinblick auf den Kriegsausbruch wird man aber sagen können, daß ein darauf beruhender Eingriff in die Hauptschuld vom Sicherungsbereich der Bürgschaft nicht mehr gedeckt wird. Es wären sonst kaum noch Fälle denkbar, wo der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht relevant werden müßte.

aa) Art. 21 des Gesetzes vom 9.3.1918 (Loi, relative aux modifications apportés aux baux à loyer par l'état de guerre) [1].

Mit Gesetz vom 9.3.1918 führte der Gesetzgeber für die Streitigkeiten zwischen Vermieter und Mieter eine zeitweilige Sonderregelung ein. Auf Grund der wirtschaftlichen Folgen, die das Ende des ersten Weltkriegs mit sich brachten, glaubte er, in die Mietverhältnisse, insbesondere die Zahlung der Mietschulden betreffend, zu Gunsten des Schuldners eingreifen zu müssen.

In Art. 14 des Gesetzes hat er daher bestimmt, daß dem Mieter ein Nachlaß oder eine Befreiung vom Mietzins überhaupt gewährt werden könne. Die Schiedskommission, die über die Höhe des Nachlasses zu entscheiden hatte, mußte bei der Festsetzung des neuen Mietzinses auch die dem Mieter zufließenden Einkünfte berücksichtigen. Art. 17 des Gesetzes sah außerdem die Möglichkeit vor, dem Mieter die Zahlung des Mietzinses zu stunden. Art. 21 des Gesetzes stellte dazu ergänzend fest, daß die Entscheidung des Gerichts kraft Gesetzes auch zu Gunsten des Bürgen und des Gesamtschuldners wirkte. Irgendwelche Erwägungen, ob der damals geltende, in Art. 524 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967) enthaltene Rechtsgedanke - der Richter hatte die persönlichen Verhältnisse des Mietschuldners in Rechnung zu stellen - Anwendung finden sollte, wurden in der Literatur nicht angestellt.

Eine zu Art. 21 des Gesetzes ergangene Entscheidung [2] konnte die Gesetzgebung nur bestätigen. Das Gericht wies zwar darauf hin, daß der Bürge die persönlichen Einwendungen des Hauptschuldners nicht geltend machen könne, es sei denn, das Gesetz bestimme ein anderes, führte aber wenig später aus, daß grundsätzlich jedes Ereignis, das die Hauptschuld zum Erlöschen bringe oder ihren Bestand vermindere, entsprechend auch den Bestand der Bürgschaft verändere. Ebenso dürfe sich der Bürge auf die Stundung oder Einstellung der Zwangsvollstreckung berufen, falls das Gesetz eine solche Anordnung getroffen habe.

bb) Art. 6 des Gesetzes vom 29.6.1935, (Loi, relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce) [3].

Um den Folgen der zu Beginn der dreißiger Jahre herrschende Wirtschaftskrise, die besonders die Gewerbetreibenden in Mitleidenschaft gezogen hatte, begeg-

---

1) Journal officiel vom 12.3.1918, S. 2271 = D. 1918,4,49; vgl. dazu Erläuterungen von Robert in D. 1918,4,49 ff.

2) Dijon, S. 1918/19,2,45.

3) Journal officiel vom 30.6.1935, S. 6914 = D. 1935,4,313; vgl. dazu Erläuterungen von Trasbot in D. 1935,4,313 ff.

nen zu können, schuf der Gesetzgeber mit dem Gesetz vom 29. 6. 1935 eine zeitlich begrenzte Sonderregelung, die die Zahlungsmodalitäten des Erwerbs von Handelsgeschäften betraf.

Art. 1 des Gesetzes berechtigte die leistungsschwachen Kaufpreisschuldner, beim zuständigen Gericht um eine Stundung ihrer Verbindlichkeiten nachzusuchen. Die vom Gericht eingeräumten Stundungen und Zinsnachlässe, wobei der Richter nach Art. 4 des Gesetzes die wirtschaftliche Situation des Schuldners berücksichtigen mußte, wirkten gemäß Art. 6 des Gesetzes auch zu Gunsten der Bürgen und Gesamtschuldner. Der Rückgriff des Bürgen hätte sonst die dem Hauptschuldner erwiesene Rechtswohltat zunichte gemacht [1].

Auch mit diesem Gesetz hatte der Gesetzgeber versucht, einer Krisensituation, die eine ganze Personengruppe berührte, zu begegnen. Den Eingriff des Richters machte er aber von der Leistungsunfähigkeit des jeweils beantragenden Schuldners abhängig. Die Frage, ob der Bürge nicht wegen des Sicherungszwecks seiner Verpflichtung von dieser Regelung ausgeschlossen werden müßte, ist in diesem Zusammenhang nicht gestellt worden.

cc) Art. 1 Abs. 9 des Gesetzes vom 12. 7. 1937 (Loi, tendant à permettre l'octroi de délais aux debiteurs de bonne foi et à favoriser le règlement des dettes agricoles) [2].

Der Gesetzgeber hat daneben für den Bereich der Landwirtschaft, die in ähnlichen Schwierigkeiten steckte, eine fast gleichlautende, aber auch in anderer Hinsicht bedeutsame Regelung getroffen. Nach Art. 1 des Gesetzes vom 12. 7. 1937 wurde den Inhabern landwirtschaftlicher Betriebe das Recht zugesprochen, mit ihren Gläubigern vor Gericht zu erscheinen, um dort in einem Versöhnungstermin zu einer Stundungsvereinbarung über die Verbindlichkeiten zu kommen. Wenn es zu einem Abkommen nicht kam oder die Gläubiger nicht erschienen, konnte das Gericht nach Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes dem in einer schwierigen Situation befindlichen, redlichen Schuldner einen Zahlungsaufschub bis zu zwei Jahren gewähren. Nach Abs. 9 des gleichen Artikels wirkte die dem Hauptschuldner bewilligte Stundung kraft Gesetzes auch zu Gunsten des solidarischen Bürgen, während ihre Geltendmachung dem Gesamtschuldner nach Abs. 10 versagt wurde [3].

---

1) Trasbot, Erläuterungen zu Art. 6 des Gesetzes in D. 1935, 4, 319.

2) Journal officiel vom 14. 7. 1937, S. 7955 = D. 1938, 4, 83; vgl. dazu Erläuterungen von Guibert in D. 1938, 4, 83 ff.

3) Die unterschiedliche Behandlung des solidarischen Bürgen und des Gesamtschuldners beruhte darauf, daß der Gesamtschuldner, im Gegensatz zum so-

Mit der in Abs. 9 und 10 enthaltenen Trennung zwischen dem solidarischen Bürgen und dem Gesamtschuldner hat der Gesetzgeber zum ersten Mal die Abhängigkeit gerade auch der solidarischen Bürgschaft bestätigt [1]. Hob er so einerseits die akzessorische Natur der Verpflichtung des solidarischen Bürgen hervor und schuf damit eine in Materie und Inhalt mit § 35 SchuldRegelG vergleichbare Bestimmung, stellte er andererseits keine weiteren Erwägungen an, ob das vom Bürgen übernommene Risiko eine modifizierende Entscheidung verlangen könnte.

dd) Art. 4 der Verordnung vom 25.8.1937 (Décret, relatif à l'octroi de délais aux commercants, industriels et artisans) [2] und Art. 10 der Verordnung vom 31.8.1937 (Décret, relatif au remboursement anticipé et à l'aménagement des dettes hypothécaires) [3].

Kurz darauf hat der Gesetzgeber erneut eine Entscheidung zu Gunsten der Abhängigkeit der solidarischen Bürgschaft gefällt. Nach Art. 2 der Verordnung vom 25.8.1937, die sich auf alle beim Erwerb, bei der Gründung oder Umwandlung eines Handelsgeschäfts oder handwerklichen Betriebs eingegangenen Schulden bezog, wurden die Richter ermächtigt, dem zahlungsunfähigen, aber redlichen Schuldner eine Stundung seiner Verbindlichkeiten einzuräumen, auf die sich nach Art. 4 Abs. 1 der Verordnung kraft Gesetzes auch der solidarische Bürge berufen durfte. Dem Gesamtschuldner war dagegen nach Abs. 2 des gleichen Artikels versagt, die seinem Mitschuldner gewährte Stundung für sich geltend zu machen.

Wenige Tage später traf der Gesetzgeber in der Verordnung vom 31.8.1937 nochmals die gleiche Entscheidung. Nach Art. 8 des dritten Abschnitts der Verordnung waren die Richter befugt, die von einem zahlungsunfähigen, aber redlichen Schuldner vor dem 1.1.1935 eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten, die hypothekarisch gesichert waren, bis zu zwei Jahren zu stunden. Art. 10 Abs. 1 der Verordnung bestimmte weiter, daß sich die Stundung auf die Bürgschaft, selbst auf die solidarische Bürgschaft auswirkte, während Abs. 2 des

---

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 83:
lidarischen Bürgen, als Hauptschuldner angesehen wurde, der seinerseits, sofern er die Voraussetzungen erfüllte, eine Stundung beantragen konnte.

1) Vgl. dazu Roubier in Anm. zu Req. S. 1939,1,161 und Lenfant, S. 30. Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 137 sehen dagegen in dieser Trennung, mangels einer allgemeinen, gesetzlichen Regelung, kein bestimmendes Kriterium. Sigalas, Nr. 71 bezeichnet den Unterschied als ungerechtfertigt.

2) Journal officiel vom 27.8.1937, S. 9289 = D. 1937,4,242.

3) Journal officiel vom 1.9.1937, S. 10050 = D. 1937,4,298.

gleichen Artikels dem Gesamtschuldner die Berufung auf die Stundung verwehrte.

Beide Verordnungen zielten darauf ab, die finanzielle Gesundung der betroffenen Schuldner wiederherzustellen [1]. Dabei hat der Gesetzgeber, obwohl auf den zahlungsunfähigen Schuldner abstellend, die Stundung wie in den vorhergehenden Gesetzen auf die Verpflichtung des Bürgen erstreckt. Er scheint auch hier darauf verzichtet zu haben, zu fragen, ob eine stärkere Beachtung der Sicherungsfunktion der Bürgschaft nicht eine andere Entscheidung gebieten könnte.

ee) Art. 13 der Notverordnung vom 26.9.1939 (Décret-loi, réglant les rapports entre bailleurs et locateurs en temps de guerre) [2], Art. 17 der Notverordnung vom 2.6.1940 (Décret-loi, réglant, pendant la guerre, les rapports entre bailleurs et preneurs de baux à ferme) [3] und Art. 5 des Gesetzes vom 26.2.1941 (Loi, relative au payment des loyers arriérés des locaux d'habitation ou à usage professionel) [4].

Nach Ausbruch des zweiten Weltkriegs und der durch ihn hervorgerufenen Folgen ist der Gesetzgeber noch einmal im Hinblick auf mehrere, plötzlich in Not geratene Schuldnergruppen tätig geworden. In drei Fällen hat er dabei den Eingriff in das Schuldverhältnis nicht nur auf den Hauptschuldner beschränkt, sondern ihn auch auf die Verpflichtung des Bürgen und des Gesamtschuldners ausgedehnt.

Nach Art. 8 der Notverordnung vom 26.9.1939 konnte der Mietzins, sofern es die wirtschaftliche Situation des Mieters rechtfertigte, herabgesetzt und nach Art. 11 der Notverordnung gestundet werden. Die Herabsetzung oder Stundung erstreckte sich gemäß Art. 13 der Notverordnung sowohl auf den Bürgen als auch auf den Gesamtschuldner [5].

---

1) Obwohl in Juris-Classeur civil Art. 1235-1248, Fasc. V, Nr. 69 in diesem Zusammenhang nur auf die Verordnung vom 27.8.1937 verwiesen wird, muß dies auch für die Verordnung vom 31.8.1937 gelten, da auch sie auf die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz der von ihr umfaßten Schuldner gerichtet war.

2) Journal officiel vom 5.10.1939, S. 12024 = D. 1939,4,476.

3) Journal officiel vom 2.6.1940, S. 4139 = D. 1940,4,223.

4) Jorunal officiel vom 10.3.1941, S. 1089 = D. 1941,4,129 (Recueil analytique, Legislation).

5) Rouault, S. 170 bemerkt dazu, daß Art. 13 der Notverordnung die gleiche Regelung wie Art. 1285 Abs. 1 und Art. 1287 Abs. 1 C. civ. bezüglich des Erlasses der Hauptschuld und seiner Auswirkungen auf Bürgschaft und Gesamtschuld treffe.

Ähnlich berechtigte Art. 17 der Notverordnung vom 2. 6. 1940 den Bürgen und den Gesamtschuldner, die Herabsetzung der Verbindlichkeit, die dem Hauptschuldner auf Grund seiner persönlichen Notlage gemäß Art. 14 der Notverordnung gewährt worden war, dem Gläubiger gegenüber geltend zu machen.

Schließlich stellte der Gesetzgeber in Art. 5 des Gesetzes vom 26. 2. 1941 ein letztes Mal ausdrücklich fest, daß sich der Bürge und der Gesamtschuldner kraft Gesetzes auf die dem Hauptschuldner nach Art. 1 oder Art. 2 des Gesetzes bewilligte Stundung berufen durften.

2. Die Abhängigkeit wird eingeschränkt.

a) Die deutsche Gesetzgebung.

aa) § 8 des Gesetzes über eine Bereinigung alter Schulden vom 17. 8. 1938 [1], in der Neufassung vom 3. 9. 1940 (Schuldenbereinigungsgesetz - SchuldBerG) [2].

Der Gesetzgeber hat, angesichts der in den dreißiger Jahren herrschenden Wirtschaftskrise, verschiedene Gesetzesbestimmungen geschaffen, die einen großen Teil der bestehenden Schuldverhältnisse einer neuen Regelung unterwarfen. Unter diese Gesetzgebung, zu der bereits das Schuldenregelungsgesetz vom 1. 6. 1933 zu zählen ist [3], fiel auch das Schuldenbereinigungsgesetz in seiner Neufassung vom 3. 9. 1940.

Der Schuldner, der nach § 1 SchuldBerG "infolge der Wirtschaftsnot, die vor der Machtübernahme geherrscht, oder infolge seines in der Kampfzeit erfolgten Einsatzes für die Bewegung" bei der Ausübung eines selbständigen Berufs wirtschaftlich zusammengebrochen war und die wirtschaftliche Grundlage seiner selbständigen Lebenshaltung [4] oder nach § 2 SchuldBerG sein Eigenheim oder seinen sonstigen Grundbesitz zur Befriedigung seiner Gläubiger hingegeben hatte [5] oder

---

1) RGBl. 1938, I, 1033.

2) RGBl. 1940, I, 1209, aufgehoben durch § 21 Nr. 2 des Gesetzes über die richterliche Vertragshilfe vom 26. 3. 1952, BGBl. 1952, I, 198.

3) Breithaupt, JW 1938, 2441; zum Schuldenregelungsgesetz selbst vgl. oben, 2. Teil, A IV 1 a aa).

4) vgl. dazu Breithaupt, JW 1938, 2441 und 2442; Vogels, DJ 1940, 1025 und 1026 und Hennig-Künne, S. 11 ff.

5) vgl. dazu Breithaupt, JW 1938, 2443 und 2444; Vogels, DJ 1940, 1026 und Hennig-Künne, S. 29 ff.

schließlich nach § 3 SchuldBerG als Angehöriger eines unselbständigen Berufs in Schuldennot geraten war [1], konnte die Vertragshilfe des Richters in Anspruch nehmen, um die Bereinigung seiner vor dem 1.1.1934 entstandenen Geldschulden zu erlangen.

Die Schuldenbereinigung diente nach § 6 SchuldBerG dem Zweck, die Gesamtheit der alten Schulden, die den Schuldner noch belasteten, seiner Leistungsfähigkeit anzupassen. Gläubiger und Schuldner sollten dabei zusammenwirken, um zu einem gerechten Ergebnis zu kommen [2], das dem Neuaufbau der Schuldnerexistenz nicht im Wege stand [3].

Kam es nicht zu einer gütlichen Einigung, war der Richter nach § 7 Abs. 1 SchuldBerG befugt, die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten neu zu gestalten. Nach § 7 Abs. 2 SchuldBerG war er insbesondere ermächtigt, die Zinsmodalitäten zu regeln, eine Stundung der Verbindlichkeiten auszusprechen oder Teilzahlungen festzusetzen [4]. Was der Schuldner nicht in zehn Jahren abtragen konnte, sollte ihm nach der gleichen Vorschrift erlassen werden [5]. Der Erlaß brachte die Forderung zum Erlöschen [6].

In § 8 Abs. 1 SchuldBerG hat der Gesetzgeber weiter bestimmt, daß die Schuldenbereinigung die Rechte des Gläubigers gegenüber dem Bürgen grundsätzlich nicht berührt. Allerdings konnte nach § 8 Abs. 2 SchuldBerG die Schuldenbereinigung, um unbillige Härten zu vermeiden, in besonderen Fällen auf die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen erstreckt werden [7].

Trotz der in Abs. 2 vorgenommenen Einschränkung setzte aber § 8 Abs. 1 SchuldBerG, im Gegensatz zu § 35 SchuldRegelG, die in den §§ 767 und 768

---

1) vgl. dazu Vogels, DJ 1940, 1026 und Hennig-Künne, S. 33 ff.
2) Hennig-Künne, S. 47.
3) Staudinger-Weber, Anm. G 34 zu § 242 BGB.
4) vgl. dazu Hennig-Künne, S. 54 und 55.
5) vgl. dazu Hennig-Künne, S. 53, 54 und 55.
6) Staudinger-Weber, Anm. G 35 zu § 242 BGB sprechen von einer Kürzung, Gerken-Vogel, Anm. 6 zu § 7 SchuldBerG von einer Streichung der Forderung, ohne darauf hinzuweisen, daß in Höhe des Erlasses eine unvollkommene Verbindlichkeit fortbestehe.
7) zu § 8 Abs. 1 und 2 SchuldBerG vgl. Breithaupt, JW 1938, 244; Fischer, JW 1938, 3285; Vogels, DJ 1940, 1028 und Hennig-Künne, S. 58 und 61.

BGB niedergelegte Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld außer Kraft[1]. Das Motiv der in § 8 Abs. 1 SchuldBerG geschaffenen Sonderregelung, die offenbar im Hinblick auf die im Rahmen des § 35 SchuldBerG aufgetretenen Schwierigkeiten erging [2], ist wie bei § 193 Satz 2 KO im wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft zu suchen [3].

Das bedeutet aber, daß der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht nur vorgeht, wenn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners etwa im Wege des Zwangsvergleichs herabgesetzt wird, sondern sich auch dann durchsetzt, wenn auf Grund einer Wirtschaftskrise eine ganze Kategorie von Schuldnern in Mitleidenschaft gezogen worden und dadurch in Vermögensverfall geraten ist, die Herabsetzung der Hauptverbindlichkeit aber von den persönlichen Verhältnissen des Hauptschuldners abhängig gemacht wird. Der aus einer solchen Notlage resultierende Eingriff des Gesetzgebers darf nicht schon deshalb zur Befreiung des Bürgen führen, nur weil der Eingriff allgemeiner und staatlicher Natur ist [4]. Stellt das Gesetz auf die Leistungsunfähigkeit des einzelnen Hauptschuldners ab, bleibt der Bürge im ursprünglichen Umfang verpflichtet, da der Gläubiger die Erfüllung seiner Forderung auch im Hinblick auf eine solche Krisensituation sichern wollte [5].

---

1) Fischer, JW 1938, 3285; BGB-RGRK-Fischer, Anm. 13 zu § 767 BGB und BGHZ 6, 392.
Auch Stüben, S. 94 und Staudinger-Weber, Anm. E 579 zu § 242 BGB sprechen von einer wirklichen Ausnahme vom Grundsatz der Akzessorietät, da der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis sowohl die Schuld als auch die Haftung des Hauptschuldners beseitige.
Nach Bönner, S. 91 wird dagegen der Bürge zu einem verselbständigten Schuldner eigener Art, der dem Gläubiger Ersatz des durch den gesetzlichen Eingriff erlittenen Schadens schulde.

2) Gerken-Vogel, Anm. 2 zu § 8 SchuldBerG.

3) In den amtlichen Erläuterungen zu § 8 SchuldBerG (in der Altfassung § 3) in DJ 1938, 1334, 1336 heißt es, daß die Rechte des Gläubigers wie beim Zwangsvergleich bestehen bleiben.
Nach Fischer, JW 1938, 3285 entspricht § 8 SchuldBerG der in § 193 Satz 2 KO getroffenen Regelung; vgl. weiter Breithaupt, JW 1938, 2445; Hennig-Künne, S. 58 und Schemmel, S. 83.

4) Jauernig, NJW 1953, 1208.

5) Jauernig, NJW, 1953, 1209.
Coing, NJW 1951, 385 leitet aus § 8 Abs. 1 SchuldBerG die These ab, daß die Abhängigkeit dem Sicherungszweck dann weichen müsse, wenn der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis mit Rücksicht auf die individuelle Notlage des Hauptschuldners und zur Aufrechterhaltung seiner wirtschaftli-

Die Verpflichtung des Bürgen, soweit sie nach § 8 Abs. 1 SchuldBerG durch den Eingriff in die Hauptschuld nicht berührt wird, bleibt wie im Rahmen des § 193 Satz 2 KO tatsächlich und rechtlich eine Bürgschaft [1] und nimmt nicht die Gestalt eines Garantievertrags an [2].

bb) § 2 Abs. 3 der Verordnung über die Vertragshilfe des Richters zu Gunsten von Gaststätten und Beherbergungsbetrieben in sudetendeutschen Badeorten vom 2.4.1940 (Badeortsvertragshilfeverordnung = BadeVHVO) [3].

Wenig später traf der Gesetzgeber in der BadeVHVO vom 2.4.1940, die auf Grund des dazu ermächtigenden § 36 VHV vom 30.9.1939 [4] erlassen wurde, die gleiche Entscheidung wie zuvor im Schuldenbereinigungsgesetz. Nach § 1 BadeVHVO konnte für die Inhaber von Gaststätten- und Beherbergungsbetrieben, die wegen wirtschaftlichen Schwierigkeiten in Not geraten waren, im Wege der richterlichen Vertragshilfe eine Schuldenregelung durchgeführt werden. Der Schuldenregelung unterlagen nach § 2 Abs. 1 BadeVHVO alle vor dem 31.12. 1940 gegen den Betriebsinhaber begründeten Geldforderungen. Sie verfolgte dabei nach § 3 BadeVHVO das Ziel, die Schulden der Leistungsfähigkeit des Betriebsinhabers anzupassen, damit er seinen laufenden Verpflichtungen wieder nachkommen konnte.

Art. 4 BadeVHVO ermächtigte hierzu den Richter, gemäß den §§ 5 bis 7 BadeVHVO die Zinssätze zu ermäßigen und die Verbindlichkeiten zu stunden oder zu kürzen. Nach § 2 Abs. 3 BadeVHVO wurden aber die Rechte der Gläubiger

---

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 88:

chen Existenz vorgenommen werde. Damit hätte sich aber auch eine § 8 Abs. 1 SchuldBerG vergleichbare Bestimmung im Rahmen des Schuldenregelungsgesetzes, statt § 35 SchuldRegelG, rechtfertigen lassen, da dort nicht weniger als im Schuldenbereinigungsgesetz auf die individuelle Notlage des Hauptschuldners abgestellt wurde. Beiden Gesetzesregelungen hat eine ähnliche, wirtschaftliche Notsituation zugrundegelegen.

1) KG DJ 1939,1701.

2) Nach Hennig-Künne, S. 59 fallen unter § 8 SchuldBerG nicht nur der Bürge, sondern auch der Garant. Ebenso zählen Gerken-Vogel, Anm. 5 zu § 8 SchuldBerG neben dem Bürgen noch den Garanten als unter § 8 SchuldBerG fallend auf.

3) RGBl. 1940,I,578, aufgehoben durch die Gesetzgebung der Militärregierung der Besatzungsmächte, vgl. Staudinger-Weber, Anm. G 67 zu § 242.

4) zur VHV vgl. oben, 2. Teil, A IV1 a bb).

gegen den Bürgen durch den Eingriff in das Hauptschuldverhältnis nicht berührt.

Motiv auch dieser auf den Einzelfall abstellenden Vorschriften ist es gewesen, dem Schuldner seine wirtschaftliche Existenz zu erhalten. Der dadurch notwendig werdende Eingriff durfte sich wie schon nach dem im Wortlaut entsprechenden § 8 SchuldBerG nicht auf die Verpflichtung des Bürgen erstrecken, da der Sicherungszweck der Bürgschaft ein solches Risiko zu umfassen hatte [1].

cc) § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die innerdeutsche Regelung von Vorkriegsremboursverbindlichkeiten vom 20.8.1953 (RembG) [2].

In neuerer Zeit hat der Gesetzgeber noch einmal die Abhängigkeit der Bürgschaft zurücktreten lassen. Im RembG vom 20.8.1953, das dem Schutz der Warenremboursschuldner diente [3], hat er in § 5 Abs. 1 RembG bestimmt, daß dem Remboursschuldner, soweit er als Zweitschuldner gegenüber einer als Erstschuldnerin haftenden, inländischen Bank verpflichtet ist, auf Antrag seine Verpflichtung herabgesetzt oder erlassen werden kann. In § 5 Abs. 2 RembG hat er ergänzend ausgeführt, daß die Herabsetzung oder der Erlaß die Verpflichtung des Bürgen oder Garanten unberührt läßt.

---

1) Jauernig, NJW 1953,1209.
Coing, NJW 1951,385 begründet § 2 Abs. 3 BadeVHVO, wie bereits § 8 SchuldBerG, mit dem Vorliegen einer individuellen Notlage, die im Zweifelsfall dazu führe, daß die Akzessorietät dem wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft zu weichen habe.
Stüben, S. 95 und 96 und Staudinger-Weber, Anm. E 579 zu § 242 BGB sehen in § 2 Abs. 3 BadeVHVO eine echte Ausnahme vom Abhängigkeitsgrundsatz, da auch hier, soweit der Eingriff reiche, Schuld und Haftung des Hauptschuldners aufgehoben werde.
Nach Bönner, S. 91 ist dagegen der Bürge, wie schon im Rahmen des § 8 SchuldBerG, dem Gläubiger zum Ersatz des Schadens verpflichtet.
Festzuhalten bleibt, daß der Gesetzgeber auf Grund des § 36 VHV sowohl die BadeVHVO als auch die AVO vom 23.9.1940 erließ, dabei aber jeweils eine entgegengesetzte Entscheidung traf. Man wird diesen Unterschied damit rechtfertigen können, daß die BadeVHVO sich auf die vor dem 31.12.1939 begründeten Verbindlichkeiten bezog, während die AVO eine Folge des Kriegsausbruchs war, ein Ereignis, das über eine bloße Krisensituation hinausging.

2) BGBl. 1953,I,999.

3) Strubbe, BB 1953,724.

Der Gesetzgeber hat, da das Verfahren erst auf Antrag des Schuldners in Gang kommt, wie bei der Vertragshilfe auf den einzelnen Fall abgestellt [1], es gleichzeitig aber in die Nähe des Konkurs- und Vergleichsverfahrens gerückt. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 RembG kann nämlich das zuständige Gericht auf Antrag des Zweitschuldners das vorläufige Ruhen der Verpflichtung anordnen, wenn der Zweitschuldner wegen seiner Zahlungsunfähigkeit an sich verpflichtet wäre, die Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens zu beantragen. Diese Anordnung soll aber nach § 8 Abs. 1 Satz 2 RembG nur dann getroffen werden, wenn Aussicht besteht, daß das Konkurs- oder Vergleichsverfahren durch den Ausgang des gemäß § 5 Abs. 1 RembG eingeleiteten Verfahrens wegfällt. Das in § 5 Abs. 1 RembG vorgesehene Verfahren erweist sich damit als eine Art Sonderverfahren, das bei Erfolgsaussicht dem Konkurs- oder Vergleichsverfahren vorgeht.

Es erscheint daher nur folgerichtig, daß § 5 Abs. 2 RembG eine den beiden Vorschriften der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO entsprechende Regelung trifft. Der Gesetzgeber hat andererseits durch die Aufzählung des Garanten neben dem Bürgen klargestellt, daß die Verpflichtung des Bürgen eine Bürgschaft bleibt und nicht in Höhe des erlassenen Teils zu einem Garantievertrag wird.

Vergleicht man abschließend die die Abhängigkeit bestätigenden mit den den Sicherungszweck hervorkehrenden gesetzlichen Regelungen, scheint es, als ob der Gesetzgeber, und dies fast innerhalb desselben Zeitraums, sich scheinbar widersprechende Vorschriften geschaffen hat. Der Hinweis auf die mehr allgemeine oder mehr individuelle Notlage [2] ist dabei nur teilweise geeignet, die unterschiedliche Regelung zu erklären, da allen Gesetzen und Verordnungen eine allgemeine, eine ganze Gruppe von Schuldnern über das gewöhnliche Maß hinaus treffende Krise zugrundelag [3].

Man wird aber, von den einzelnen Vorschriften ausgehend, sagen können, daß der staatliche Eingriff dann dem Bürgen zugutekommt, wenn er die unmittelbare Folge eines Kriegsausbruchs ist oder eine ganze Kategorie von Schuldnern betrifft, ohne dabei den Eingriff von den persönlichen Verhältnissen des Hauptschuldners abhängig zu machen. Zielt dagegen die gesetzgeberische Maßnahme mehr auf die individuelle Situation des Hauptschuldners ab und berücksichtigt sie dabei insbesondere seine Leistungsfähigkeit, bleibt der Bürge, selbst

---

1) Nach Staudinger-Brändl, Vbem. 49 zu § 765 BGB handelt es sich um ein besonderes Vertragshilfeverfahren.

2) so Coing, NJW 1951, 385, der die jeweiligen gesetzlichen Sonderregelungen mit dieser Einteilung zu erklären versucht hat; vgl. dazu unten 2. Teil, C I 2.

3) Jauernig, NJW 1953, 1208.

wenn eine allgemeine Krisensituation der Grund der gesetzgeberischen Tätigkeit gewesen ist, im vollen Umfang verpflichtet.

b) Die französische Gesetzgebung.

Während der französische Gesetzgeber mehrmals das Akzessorietätsprinzip bestätigt hat, hat er umgekehrt keine Bestimmung geschaffen, die dem Sicherungszweck der Bürgschaft Vorrang eingeräumt hätte.

Lediglich in der Verordnung vom 25.8.1937 (Décret, instituant en faveur des débiteurs, commercants et artisans le règlement aimable homologué) [1] findet sich ein bescheidener Ansatz. Der zahlungsunfähig gewordene, aber erfüllungswillige Kaufmann konnte beim Handelsgericht beantragen, seine Verbindlichkeiten herabzusetzen oder zu stunden. Der Richter hatte dabei die Vermögenslage des Hauptschuldners genau zu prüfen. Während dieser Zeit wurde die gerichtliche Verfolgung gegen den Hauptschuldner ausgesetzt. Der Aufschub galt jedoch gemäß Art. 6 der Verordnung nicht gegenüber dem Gesamtschuldner oder dem Bürgen, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet oder sich solidarisch verbürgt hatte.

Doch schränkt Art. 6 der Verordnung nicht die Abhängigkeit der Bürgschaft ein, sondern bezieht sich ausschließlich auf ihre subsidiäre Natur. Dies macht besonders der Umstand deutlich, daß Art. 6 der Verordnung neben dem solidarischen Bürgen noch den Bürgen, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, aufzählt. Die Bestimmung des Art. 6 der Verordnung hätte somit, da sie sich von selbst versteht, gar nicht erlassen zu werden brauchen.

Man wird daher sagen dürfen, daß es wohl das Bestreben des Gesetzgebers gewesen ist, die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld in den Gesetzen und Verordnungen zu unterstreichen und den in den Art. 2011 ff. C. civ. niedergelegten Abhängigkeitsgrundsatz zu bestätigen [2].

---

1) Journal officiel vom 27.8.1937, S. 9826 = D. 1937, 4, 242.

2) Es ist aber zweifelhaft, ob nicht gerade in den Fällen, in denen der Richter seine Entscheidung von den Vermögensverhältnissen des Hauptschuldners abhängig zu machen hatte, der Sicherungszweck der Bürgschaft, bezog sich die gesetzliche Regelung lediglich auf eine allgemeine Krisensituation, einer stärkeren, Art. 524 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967) entsprechenden Berücksichtigung bedurft hätte. Der Gesetzgeber hat sich statt dessen darauf beschränkt, jeweils die akzessorische Natur der Bürgschaft hervorzuheben.

B. In der Rechtsprechung

I. Die deutsche Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG) im Zusammenhang mit der Aufwertung.

Das RG hat des öfteren Gelegenheit gehabt, sich über die Abgrenzung von Akzessorietät und Sicherungszweck zu äußern. In der Mehrzahl der zu entscheidenden Fälle hat es dabei, vom Gesetzeswortlaut ausgehend, bestätigt, daß die Bürgschaft ein akzessorisches Sicherungsgeschäft ist. Die im Gesetz fixierte Abhängigkeit ziele auf den Regelfall ab, in dem die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners die Verbindlichkeit unberührt lasse, der Bürge also unverändert forthafte [1]. Dementsprechend hat das RG [2] immer wieder betont, daß die Bürgschaft vom Bestand der Hauptschuld abhänge. Der Bürge dürfe nicht schlechter als der Hauptschuldner gestellt werden.

Erlösche beispielsweise die Hauptschuld, weil der Hauptschuldner weggefallen sei, gehe auch die Bürgschaft unter [3]. Eine Bürgschaft, die trotzdem bestehen bliebe, verlöre den Charakter eines akzessorischen Sicherungsgeschäfts und nähme den eines Garantievertrags an. Ermögliche daher ein Gesetz wie das vom 26. 5. 1933, betreffend die Einziehung des kommunistischen Vermögens [4], die liquidationslose Auflösung einer juristischen Person, des Hauptschuldners, entspreche es nicht mehr dem Zweck der Bürgschaft, den Gläubiger gegen ein solches Risiko, das aus der politisch bedingten Auflösung eines Vereins resultiere, zu schützen [5]. Sei dagegen die Rechtspersönlichkeit des Hauptschuldners nur deshalb weggefallen, weil in seiner Person völlige Vermögenslosigkeit eingetreten sei, werde der Bürge von seiner Verpflichtung nicht befreit [6]. Die Abhän-

---

1) So in einer seiner letzten Entscheidungen in RGZ 163, 99.

2) WarnRspr 1917, 241; RGZ 92, 123; 93, 93 und 134, 128. Nach RGZ 148, 66 gehört die Abhängigkeit von der Hauptschuld zum Wesen der Bürgschaft.

3) RGZ 148, 67 und 153, 343.

4) RGBl. 1933, I, 293.

5) Nach Süß, Z. AkDR 1937, 336 muß der Bürge auch ein solches Risiko tragen.

6) RG, Urteil vom 4. 6. 1931, zitiert in KG JW 1936, 2342, das der Entscheidung des RG zustimmt.

gigkeit der Bürgschaft gehe nur so weit, wie der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht ein anderes erforderte.

Das RG hat sich dann vor allem im Rahmen der Aufwertung mit den Grenzen der Abhängigkeit der Bürgschaft auseinandersetzen müssen. Als nach dem ersten Weltkrieg ein rapider Währungsverfall einsetzte und zu einer totalen Geldentwertung führte, die erst 1923 mit der Schaffung der neuen Reichsmark ein Ende fand [1], hatten inzwischen zahlreiche Hypothekenschuldner den niedrigen Kurs der Mark dazu benutzt, ihre Schulden zu begleichen. Die Gläubiger, die diese Art von Tilgung als höchst unbillig und ungerecht empfanden, verlangten in der Folgezeit vom Gesetzgeber, die Rückzahlung der Schulden zum Nennbetrag zu verbieten, das heißt, die Schulden aufzuwerten [2]. Das Problem der Aufwertung hatte sich so "immer mehr von einer wirtschaftlichen zu einer sozialen, von einer sozialen zu einer ethischen, von einer ethischen zur Schicksalsfrage des deutschen Volks entwickelt" [3].

Der Gesichtspunkt, daß nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ein billiger Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger und denen der Schuldner vorzunehmen sei, trat dabei mehr und mehr in den Vordergrund [4]. Ihren Abschluß fand diese Entwicklung in einer Entscheidung des RG [5], das eine hypothekarisch gesicherte Darlehensforderung aufwertete. In dem wenig später erlassenen Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen (Aufwertungsgesetz = AufwG) vom 16.7.1925 [6] bestätigte der Gesetzgeber die Rechtsprechung des RG, wertete aber nicht mehr im Einzelfall auf, sondern bestimmte auf Grund eines festen Prozentsatzes Umfang und Ausmaß der jetzt generell vorzunehmenden Aufwertung [7].

Unter Aufwertung versteht man in diesem Zusammenhang die Erhöhung des Nennbetrags in Papiermark, ohne daß dem Gläubiger eine in ihrem Wert höhere Forderung zugesprochen wird [8]. Sie will dem Gläubiger wertmäßig nicht mehr und

---

1) zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Mügel, S. 91 ff.
2) Schlegelberger-Harmening, S. 21.
3) Schlegelberger-Harmening, S. 25.
Nach Mügel, S. 146 ist die Aufwertung auf dem Boden außergewöhnlicher Zustände erwachsen. Sie sei durch eine Währung hervorgerufen worden, die keine Währung mehr gewesen sei.
4) Mügel, S. 108.
5) RGZ 107, 78.
6) RGBl. 1925, I, 117.
7) vgl. dazu Schlegelberger-Harmening, S. 32 und 33.
8) Mügel, S. 141; vgl. weiter derselbe, S. 146 und 180.

nicht weniger als vor dem Währungsverfall geben, sondern nur einen aus den jetzigen Verhältnissen resultierenden, der früheren Forderung entsprechenden Wert verschaffen [1]. Der Aufwertungsanspruch ist daher in der durch die Aufwertung gewonnenen Gestalt mit dem aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis entspringenden Anspruch dem Wert nach identisch [2].

Daraus folgt, daß sich der Bestand der Hauptschuld durch die Aufwertung zwar summenmäßig, aber nicht in rechtlicher Hinsicht verändert. Die Forderung ist die gleiche geblieben, so daß ihre quantitative Erhöhung weder in einem den Bürgen befreienden Sinn in das Hauptschuldverhältnis eingreift, noch den Bürgen im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB nachträglich zu mehr verpflichtet. Die Verpflichtung des Bürgen ist daher mit der Hauptschuld aufzuwerten [3].

Doch regeln die Grundsätze der Billigkeit, nach denen der Aufwertungsanspruch zu bemessen ist, auch das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen, da zwischen ihnen ebenfalls ein Interessenausgleich stattzufinden hat [4]. Der Gläubiger soll die Möglichkeit erhalten, den wohlhabenden Bürgen in größerem Umfang in Anspruch zu nehmen, als die Forderung mit Rücksicht auf den leistungs-

---

1) Nach Mügel, S. 180 ist die Aufwertung die Umwandlung einer auf eine bestimmte Geldsumme gehende Forderung in eine Forderung auf eine nach Treu und Glauben zu bestimmende Leistung.
Roth, JR 1925, 78 und 79 sieht dagegen in der Aufwertung eine Novation der Schuld.

2) Quassowski, S. 4 und 5 und Mügel, S. 180.

3) So die ständige Rechtsprechung, vgl. RG JW 1924, 1867; RG AufwRspr 1929, 77 und 78; RG HRR 1929, 195 und 597; RGZ 134, 128 und 129; OLG München LZ 1928, 1109 und dasselbe, SeuffArch 83, 130.
vgl. weiter die der Rechtsprechung zustimmende Literatur, Planck-Oegg, Anm. 2e zu § 767 BGB; Schlegelberger-Harmening, S. 253; Quassowski, S. 5; Mügel, S. 216; Schönig, S. 11 und Staudinger-Brändl, Vbem. 36 zu § 765 BGB.
a. A. Roth, JR 1925, 82 und 83, da sich der Umfang der Bürgschaft nach der inhaltlichen Identität der Hauptschuld richte, diese Identität sich aber nach der Hauptforderung bemesse, wie sie zur Zeit der Übernahme der Bürgschaft bestanden habe; ebenso Bönner, S. 77, da die Hauptschuld erhöht worden, der Bürge daher insoweit nicht mehr verpflichtet sei.
Wird die Hauptverbindlichkeit im Wege der Aufwertung herabgesetzt, vermindert sich entsprechend auch die Verpflichtung des Bürgen, Schlegelberger-Harmening, S. 253; Quassowski, S. 150 und Karger, LZ 1925, 366.

4) Karger, LZ 1925, 364 und 366.

schwachen Schuldner aufgewertet wurde [1].

Das RG [2] hat, von dieser Auffassung ausgehend, dann entschieden, daß zwischen Gläubiger und Bürgen nach den gleichen Grundsätzen der Billigkeit, auf denen die freie Aufwertung beruht, ein Interessenausgleich vorzunehmen ist. Es müsse dabei gefragt werden, ob und in welchem Maße die Geldentwertung auf die Vermögensverhältnisse des Bürgen Einfluß gehabt habe. Gehe man vom wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft aus, dürfe bei der Aufwertung die Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners keine Rolle spielen. Für die Beurteilung der Aufwertungshöhe sei allein auf die Leistungsfähigkeit des Bürgen abzustellen. Die akzessorische Natur stehe diesem Ergebnis nicht entgegen, da die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld, wie bereits § 193 Satz 2 KO beweise, nur soweit gehe, wie der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht ein anderes Resultat erforderte. Es sei daher rechtlich nicht zu beanstanden, wenn bei der nach § 242 BGB vorzunehmenden Abwägung der gesamten Umstände das hohe Einkommen des Bürgen in Rechnung gestellt und seine Verpflichtung wegen des ihr innewohnenden Sicherungszwecks höher als die des Hauptschuldners aufgewertet werde [3].

Das RG [4] hatte die Frage, wie streng die Abhängigkeit der Bürgschaft von der aufzuwertenden Forderung durchzuführen sei, wenig später im Rahmen des § 66

---

1) KG JW 1925, 640 und RG Recht 1925, 967, ohne daraus zunächst weitere Konsequenzen zu ziehen.

2) RG JW 1927, 1835.

3) Ebenso RG HRR 1928, 1571 und RG AufwRspr 1929, 270, sowie die dem RG folgenden höheren Gerichte, vgl. KG JW 1927, 2940 und OLG Karlsruhe JW 1927, 3016; zustimmend Staub-Gadow, Anm. 11 zu § 349 HGB; Staudinger-Brändl, Vbem. zu § 765 BGB und Coing, NJW 1951, 384. Mügel, S. 217 hält die Auffassung des RG für unzutreffend, da die Bürgschaftsschuld keine selbständige Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger sei. Die Haftung des Bürgen könne jedoch dann weitergehen, vgl. S. 218, wenn die Höhe der Aufwertung von der mißlichen Vermögenslage des Hauptschuldners beeinflußt worden sei; ähnlich Karger, LZ 1925, 365. Lenz, JW 1926, 1781 und 1782 und Schönig, S. 12 ff. wollen dagegen die Haftung des Bürgen auf die Höhe der Verbindlichkeit des Hauptschuldners beschränkt wissen, da § 767 BGB nicht unberücksichtigt bleiben dürfe. Auch Planck-Oegg, Anm. 2e zu § 767 BGB sind der Auffassung, daß sich die Haftung des Bürgen mit Rücksicht auf die eigenen Verhältnisse nicht mit den Grundsätzen der Bürgschaft in Einklang bringen lasse.

4) RGZ 134, 126 = RG JW 1932, 340.

AufwG erneut zu entscheiden. Nach § 66 AufwG brauchten die Bankinstitute die ihnen als Darlehen zugeflossenen Gelder nicht aufzuwerten [1]. Dieser Bestimmung lagen, wie das RG ausführte, wirtschaftspolitische Erwägungen zugrunde, da sich die Banken auf Grund ihres Geschäftsbetriebes nicht in der Lage sahen, ihrerseits Aufwertungsansprüche geltend zu machen. Streitig dabei war, ob sich der Bürge auf die Aufwertungsfreiheit der Banken berufen durfte oder seine Verpflichtung aufwerten mußte.

Das RG stellte einleitend fest, daß die Bürgschaft im gleichen Umfang wie die Hauptschuld aufzuwerten sei. Folgerichtig werde der Bürge von seiner Verpflichtung befreit, wenn der Hauptschuldner auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung wie der des § 66 AufwG nicht aufzuwerten brauche, es sei denn, der Sicherungszweck der Bürgschaft verlange eine andere Entscheidung. Gehe man vom wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft aus, unterliege es keinem Zweifel, daß der Bürge die Folgen des wirtschaftlichen Zusammenbruchs des Hauptschuldners zu tragen habe. Unter Hinweis auf die §§ 193 Satz 2 KO, 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO und die von ihm selbst getroffene Entscheidung, daß der vermögende Bürge höher als der verarmte Schuldner aufzuwerten habe [2], stellt es fest, daß die Abhängigkeit in diesen Fällen "der Natur der Sache nach aus inneren Gründen" hinter den Sicherungszweck zurücktreten müsse.

Doch fügt das RG fortfahrend hinzu, daß es sich dabei um Ausnahmefälle handele. Dürfe sich der Bürge auf eine dem Hauptschuldner als Folge der Kriegsereignisse eingeräumte Stundung berufen [3], sei nach § 767 BGB die Bestimmung des § 66 AufwG auch auf den Bürgen anzuwenden. Da es sich im übrigen bei den Banken um keine leistungsschwachen Schuldner handle, liege kein Grund vor, den Sicherungszweck über die Abhängigkeit der Bürgschaft zu stellen. Der Bürge brauche daher seine Verpflichtung nicht aufzuwerten [4].

2. Die Rechtsprechung des RG und des Bundesgerichtshofs (BGH) im Zusammenhang mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Später hat dann die Rechtsprechung Gelegenheit gehabt, sich im Rahmen ihrer Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage auch zur Abgrenzung von Akzessorietät und Sicherungszweck zu äußern. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist als Institut erst nach und nach von Rechtsprechung und Literatur entwik-

---

1) zu § 66 AufwG im einzelnen vgl. Mügel, S. 943 ff.
2) RG JW 1927, 1835.
3) RGZ 93, 91.
4) zustimmend Emmerich in Anm. zu RG JW 1932, 340.

kelt worden. Vor allem der erste Weltkrieg mit seinen wirtschaftlichen Folgen hat die Rechtsprechung veranlaßt, den in Not geratenen Schuldnern ein allgemeines Recht auf Veränderung ihrer Verpflichtungen oder einen sonstigen, billigen Leistungsausgleich zuzusprechen [1]. Die Rechtsprechung hat dieses Recht später auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt [2], die Anwendung der im Rahmen des § 242 BGB entwickelten Lehre aber nicht nur auf die durch Krieg und Wirtschaftskrisen heimgesuchten Schuldner beschränkt [3].

Unter Geschäftsgrundlage versteht man die gemeinsamen Vorstellungen der Parteien über Vorhandensein und Fortbestand gewisser grundlegender Umstände, die zwar nicht Vertragsinhalt geworden, andererseits auch nicht Beweggrund geblieben, sondern von beiden Parteien oder einer Partei unter Billigung der anderen zur Grundlage des Geschäfts gemacht worden sind [4]. Geschäftsgrundlage beim gegenseitigen Vertrag ist insbesondere der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung [5].

Die Geschäftsgrundlage fehlt oder ist weggefallen, wenn die dem Vertrage zugrundeliegenden Verhältnisse wesentlich anders als vorgestellt sind oder sich in der Folgezeit wesentlich geändert haben und dem Schuldner, bliebe er weiterhin verpflichtet, unzumutbare Opfer auferlegten [6]. Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage hat daher nur dann rechtliche Bedeutung, wenn das Verhalten des Erfüllung verlangenden Gläubigers ein Verstoß gegen diesen Grundsatz wäre [7]. Die Erfüllung ist aber zumutbar, wenn sich beide Parteien oder die Allgemeinheit in der gleichen Lage befinden oder die Nichterfüllung vom Schuldner zu verantworten ist [8].

---

1) RGZ 11,129, das seine Entscheidung mit der clausula rebus sic stantibus begründete.

2) RGZ 103,329, im Anschluß an die 1921 von Oertmann veröffentlichte Untersuchung über die Geschäftsgrundlage.

3) Unter Wegfall der Geschäftsgrundlage fällt auch der beiderseitige Irrtum über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage (subjektive Geschäftsgrundlage), vgl. dazu Larenz I, § 20 II, S. 247 und Palandt-Danckelmann, Anm. 6c aa) zu § 242 BGB und RGZ 108,105,110; vgl. weiter BGH JZ 1963,129.

4) RGZ 168,126,127; BGH NJW 1953,1585 und Palandt-Danckelmann, Anm. 6c aa) zu § 242 BGB.

5) RGZ 103,332.

6) BGH NJW 1966,448.

7) RGZ 158,166,175 und 160,257,265; BGHZ 2,176,188.

8) BGHZ 7,238,243 und BGH BB 1956,254.

Die Folge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist nicht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, sondern nur eine Beschränkung der Rechte des Gläubigers. Der Vertrag ist an die geänderte Lage anzupassen [1]. Eine Auflösung tritt nur dann ein, wenn sie unbedingt nötig erscheint, um sonst unerträgliche Folgen abzuwenden [2]. Daraus folgt, daß die Verpflichtung des Schuldners nur in den seltensten Fällen aufgehoben wird. Gewöhnlich wird dem leistungsunfähigen Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gestundet oder diese herabgesetzt [3].

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bezieht sich somit immer auf eine individuelle Schuldnersituation. Nicht der auf eine ganze Schuldnergruppe abstellende Gesetzeseingriff, sondern ausschließlich die Berufung des einzelnen, in wirtschaftliche Not geratenen Schuldners auf § 242 BGB führt zur Modifizierung des in Frage stehenden Schuldverhältnisses [4].

---

1) BGH NJW 1953,1585.

2) RGZ 153,356,358.

3) OGHBrZ 1,69 und BGH NJW 1958,785.

4) Das französische Recht kennt dagegen ein dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ähnliches Institut nicht. Die théorie de l'imprévision, die zwar zu ähnlichen Ergebnissen kommt, vgl. Voirin, De l'imprévision dans les rapports de Droit privé, Nancy 1922, wird von Literatur, vgl. Marty-Raynaud, Nr. 227; Planiol-Ripert VI, Nr. 395 und 396; Colin-Capitant II, Nr. 863; Mazeaud I, Nr. 734; Ripert-Boulanger II, Nr. 469; Dalloz II, Nr. 4 ff. S. 1005 und 1006; Ripert, La règle morale, Nr. 81 ff.; Rieg, Nr. 525, 526 und Rechtsprechung, vgl. Civ.D.P. 1876,1,193; Civ. S. 1903,1,46; Civ. S. 1921,1,193 und Civ. D. 1950, 227 einhellig abgelehnt.
Die Verpflichtung des Schuldners müsse ihrem Wortlaut entsprechend erfüllt werden, da Art. 1134 Abs. 1 C. civ. den Vertrag zum Gesetz der Parteien erhebe. Die nachträgliche Veränderung dürfe daher nicht berücksichtigt werden, vgl. Ripert-Boulanger II, Nr. 468, da sonst eine für das Vertragsleben gefährliche Unsicherheit entstände, die geeignet wäre, die Grundlagen des Zivilrechts umzustürzen, vgl. Colin-Capitant II, Nr. 863 und Rieg, Nr. 524. Der einmal geschlossene Vertrag sei unantastbar geworden, vgl. Civ. D.P. 1876,1,193 und Civ. D. 1950,227; vgl. weiter Kegel-Rupp-Zweigert, S. 254.
Nur vereinzelt ist in der Literatur erwogen worden, die théorie de l'imprévision unter bestimmten, engen Voraussetzungen anzuwenden, vgl. dazu vor allem Carbonnier IV, Nr. 152, S. 507 und 508, der in diesem Zusammenhang auf die deutsche Entwicklung, insbesondere Oertmann verweist.
Der Gesetzgeber hat dagegen vor allem in zwei Gesetzen, so im Gesetz vom 21.1.1918, betreffend die Lieferverträge und andere vor dem Krieg

In einer seiner späteren Entscheidungen hatte sich das RG [1]) mit der Frage zu befassen, ob sich der Bürge, der sich für eine Unterhaltsverpflichtung als Selbstschuldner verbürgt hatte, darauf berufen darf, daß die Verpflichtung des Hauptschuldners wegen dessen Vermögensverfalls im Wege der Geschäftsgrundlage herabgesetzt worden ist. Der Hauptschuldner hatte auf alle Einwendungen, die aus der künftigen Verschlechterung seiner Vermögenslage herrühren könnten, verzichtet. Doch wurde er später über § 242 BGB von seiner Verpflichtung entbunden.

Das RG führte dazu aus, daß es gegen Treu und Glauben verstoße, könnte der Bürge aus dem ihn nicht treffenden Vermögensverfall des Hauptschuldners einen Nutzen ziehen. Gehe die Hauptschuld unter, sei zwar aus der Abhängigkeit der echten Bürgschaft zu folgern, daß sich der Bürge auf die das Hauptschuldverhältnis verändernden Umstände berufen dürfe. Einschränkend fügt das RG hinzu, daß ein solches Ergebnis jedoch nur bei der reinen Bürgschaft zu rechtfertigen sei.

Es wäre aber offensichtlich falsch, wollte man im anstehenden Fall die gleiche Entscheidung treffen, da man sonst den Zweck der Bürgschaft vereitelte. Wie das Gesetz verschiedentlich die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld aufgehoben habe, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, so müsse auch hier die Abhängigkeit unberücksichtigt bleiben, weil, wie das RG [2]) sich ausdrückte, "anders nicht zum richtigen Recht zu gelangen ist".

Fortfahrend hob das RG jedoch hervor, daß die Bürgschaft für eine gesetzliche Unterhaltsforderung einen Sonderfall darstelle. Bei einer solchen Schuld, die durch die Veränderung der Verhältnisse beeinflußt worden sei, habe die Bürgschaft nur einen gegen sonst verminderten Wert. Solle infolge Abreden die

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 99:

geschlossene Handelsverträge (loi Faillot), D. 1918, 4, 261, vgl. dazu Kegel-Rupp-Zweigert, S. 260 ff., und im Gesetz vom 22. 4. 1949, betreffend die Erlaubnis zur Aufhebung von verschiedenen Verträgen, D. P. 1949, 241, den der théorie de l'imprévision zugrundeliegenden Rechtsgedanken angewandt und den Richter ermächtigt, unter bestimmten Voraussetzungen den Vertrag der neuen Situation anzupassen oder überhaupt aufzulösen, vgl. dazu Planiol-Ripert VI, Nr. 395; Colin-Capitant II, Nr. 868 und Ripert, La règle morale, Nr. 77. Bei diesen Ausnahmen ist es geblieben.

Die einmütig erfolgte Ablehnung der théorie de l'imprévision durch die h. M. der Literatur und die Rechtsprechung erübrigt daher die Frage, inwieweit sich eine Veränderung der Hauptschuld auf die Verpflichtung des Bürgen auswirkt.

1) RGZ 163, 93 = RG DR 1940, 262.

2) RGZ 163, 99.

Hauptschuld durch Veränderung der Vermögensverhältnisse nicht berührt werden, führe der Vermögensverfall des Hauptschuldners auch nicht zu einer Veränderung der Verpflichtung des Bürgen, da, wie das RG abschließend feststellte, eine solche Bürgschaft ein Gewährvertrag sei [1].

Der BGH [2] hat einen ähnlichen Fall zu entscheiden gehabt. Ein Bürge, der sich als Selbstschuldner für die Unterhaltungsverpflichtung eines allerdings bereits

---

1) Herschel in Anm. zu RG DR 1940, 862, 863 ist daher der Auffassung, daß man es gar nicht mit einer Bürgschaft, sondern überhaupt mit einem Garantievertrag zu tun habe. Während sich der Bürge auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen dürfe, bleibe der Garant ohne Einschränkung verpflichtet.
Ähnlich weisen Staudinger-Weber, Anm. E 583 zu § 242 BGB, Stüben, S. 160, 161 und 162 und Bönner, S. 84 darauf hin, daß die Entscheidung des RG nicht gegen die Abhängigkeit der Bürgschaft spreche.
Es ist nicht recht einzusehen, weshalb das RG geglaubt hat, die Bürgschaft als Gewährvertrag auslegen zu müssen. Der Verzicht des Hauptschuldners, eine Einrede zu erheben, gibt noch keinen Anlaß, von einem Garantievertrag zu sprechen, da der Verzicht auf eine Einrede dem Bürgen nicht die Möglichkeit nimmt, diese Einrede dem Gläubiger dennoch entgegenzuhalten, § 768 Abs. 2 BGB. Nach BGH LM Nr. 2 zu § 767 BGB kann es dahingestellt bleiben, ob durch eine Abrede zwischen Gläubiger und Hauptschuldner die Rechtsnatur der Bürgschaft aufgehoben wird oder nicht. Andererseits hat das RG ausdrücklich den Sicherungszweck der Bürgschaft hervorgekehrt und betont, daß dann, wenn die Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners die Veränderung der Hauptverbindlichkeit zur Folge gehabt habe, die Abhängigkeit zurücktreten müsse. Der Hinweis auf die reine Bürgschaft, für die wegen des Abhängigkeitsgrundsatzes ein anderes Ergebnis in Frage komme, ist irreführend, da der Unterschied zwischen einfacher und selbstschuldnerischer Bürgschaft nur darin besteht, daß der einfache Bürge die Einrede der Vorausklage erheben darf. So wäre die Bezeichnung der selbstschuldnerischen Bürgschaft als Garantievertrag nicht notwendig gewesen, da der Gesetzgeber, worauf das RG selbst hinweist, mehrmals die Akzessorietät wegen des Sicherungszwecks der Bürgschaft eingeschränkt hat, ohne dadurch die Rechtsnatur der Bürgschaft aufzuheben. Esser, 2. Aufl. § 162 2b, bezeichnet daher zu Recht die Einführung des Gewährvertrags als unnötig und unrichtig, gibt jedoch später diese Meinung wieder auf, vgl. Esser II, § 87 III 2.

2) BGH LM Nr. 2 zu § 767 BGB.
Schon vorher hatte OGHBrZ NJW 1948, 521 entschieden, daß die Befreiung des Hauptschuldners im Wege des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht ohne weiteres dem Bürgen zugutekomme.

vermögenslosen Hauptschuldners verbürgt hatte, hielt dem Gläubiger die dem Hauptschuldner über § 242 BGB gewährte Herabsetzung der Hauptverbindlichkeit entgegen.

Der BGH stellte dazu fest, daß an der Bürgschaft auch dann festzuhalten sei, wenn die Vereinbarung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger wegen der schon jetzt vorhandenen Vermögenslosigkeit des Hauptschuldners auf eine spätere Herabsetzung der Hauptschuld schließen lasse. Der im Vertrag vereinbarte Ausschluß einer dem Hauptschuldner zustehenden, später geltend zu machenden Einrede, hier gemäß § 70 Abs. 2 EheG, zwinge nicht zu der Annahme, daß statt der Bürgschaft ein Garantievertrag vorliegen müsse. Gerade unter dieser Voraussetzung komme dem Sicherungszweck der Bürgschaft eine besondere Bedeutung zu. Zwar sei für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptschuld maßgebend, wie auch der Bürge im Regelfall die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden nach § 768 Abs. 1 BGB geltend machen könne. Angesichts der das Bürgerliche Recht beherrschenden Vertragsfreiheit könne aber der Grundsatz der dauernden Abhängigkeit durchbrochen werden, ohne daß deshalb die Rechtsnatur der Bürgschaft zu entfallen brauche, da hier der Grundgedanke des § 768 Abs. 1 Satz 2 BGB, dem Gläubiger trotz Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners die Erfüllung seiner Forderung zu sichern, anzuwenden sei. Der Sicherungszweck der Bürgschaft gebiete daher, die Verpflichtung des Bürgen trotz Herabsetzung der Hauptschuld in voller Höhe aufrechtzuerhalten [1].

3. Die Rechtsordnung des BGH im Zusammenhang mit dem Gesetz über die richterliche Vertragshilfe vom 26. 3. 1952 (Vertragshilfegesetz = VHG) [2].

Kurz vorher, ehe der BGH über die Auswirkung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf die Verpflichtung des Bürgen zu entscheiden hatte, mußte er zu der Frage Stellung nehmen, ob der Bürge die im Vertragshilfeverfahren erfolgte Herab-

---

1) Ebenso die herrschende Auffassung in der Literatur, vgl. BGB-RGRK-Fischer, Anm. 14 zu § 767 BGB; Soergel-Schmidt, Anm. 7 zu § 767 BGB; Palandt-Thomas, Anm. 2a zu § 768 BGB; v. Godin in RGRKKomm. z. HGB, Anm. 9 zu § 349 HGB; Larenz II, § 58 I, S. 323; Enneccerus-Lehmann, § 192 III c; Weber DRZ 1949, 145, 147; Veith, ZGKW 1951, 316; Coing, NJW 1951, 384; Jauernig, S. 124, Fußnote 361; derselbe, NJW 1953, 1207 und Bettermann, NJW 1953, 1818.
a.A. Bönner, S. 75 und 80 ff.; Stüben, S. 136 und 157; Onursal, S. 127; Staudinger-Weber, Anm. E 583 zu § 242 BGB; Staudinger-Brändl, Rziff. 3 zu § 768 BGB und Esser II, § 87 III 2.

2) BGBl. 1952, I, 198.

setzung der Hauptschuld dem ihn verfolgenden Gläubiger entgegenhalten darf.

Die wirtschaftlichen Umwälzungen, die dem Ende des zweiten Weltkriegs folgten und 1948 zur Währungsreform führten, brachte viele Schuldner in eine außergewöhnliche Notlage. Die im Rahmen des § 242 BGB entwickelte Rechtsprechung und die bestehenden Vertragshilfeverordnungen, vor allem die VHV vom 30.11.1939 [1], genügten nicht mehr, um der neuen Situation gerecht zu werden [2]. Da eine einheitliche Gesetzgebung nicht mehr bestand, sahen sich die einzelnen Länder genötigt, ihre eigenen Vertragshilferegelungen zu erlassen [3]. Auch die anläßlich der Währungsreform in § 21 des Umstellungsgesetzes vom 20.6.1948 (UG) [4] geregelte Vertragshilfe vermochte keine Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit in das Vertragshilferecht zu bringen. Der Gesetzgeber sah sich daher gezwungen, das Vertragshilferecht auf eine neue Grundlage zu stellen. Mit dem am 26.3.1952 erlassenen Vertragshilfegesetz, das nach § 1 VHG alle vor dem 21.6.1948 begründeten Verbindlichkeiten umfaßt, sollte im Wege der richterlichen Vertragshilfe ein Ausgleich der wirtschaftlichen Folgen herbeigeführt und den in Not geratenen Schuldnern geholfen werden [5].

Unter Vertragshilfe versteht man die Tätigkeit des Richters, beim Abschluß einer neuen Vereinbarung über die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen Hilfe zu leisten [6]. Der zwischen Gläubiger und Schuldner ursprünglich vereinbarte Vertrag soll unter seiner Mitwirkung abgeändert und den neuen Verhältnissen angepaßt werden, um die wirtschaftliche Existenz des Schuldners zu erhalten [7]. Das hat andererseits zur Folge, daß der Grundsatz der Vertragstreue

---

1) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 1 a bb).

2) Staudinger-Weber, Anm. G 74 zu § 242.

3) zu den einzelnen Regelungen vgl. Staudinger-Weber, Anm. G 75 ff. zu § 242 BGB.

4) WiGBl. 1948, Beilage Nr. 5, S. 13, aufgehoben durch § 21 Nr. 5 VHG. Zum UG im einzelnen vgl. Staudinger-Weber, Anm. G 92 ff. zu § 242 BGB und Saage, VHG, Einl. II 4, S. 7.

5) Saage, MDR 1952, 257 und Soergel-Siebert-Knopp, Anm. 501 zu § 242 BGB.

6) Duden-Rowedder, Anm. 2 zu Allg., S. 26; Saage, VHG, Anm. II 2a zu § 16 VHG und Staudinger-Weber, Anm. G 132 zu § 242 BGB.

7) Saage, Betrieb 1953, 121; Kemnitz, Betrieb 1953, 749 und, auf die früheren Vertragshilferegelungen bezogen, Gerken, MDR 1950, 72 und OLG Stuttgart HEZ 1, 96.
Die Vertragshilfe ist aber kein drittes, neben Konkurs und Vergleich tretendes Insolvenzverfahren, vgl. § 10 VHG, oder Vorstufe zu einem Konkurs- oder Vergleichsverfahren, sondern ordnet eines oder mehrere einzelne

eingeschränkt wird [1].

Die Vertragshilfe setzt voraus, daß der Schuldner durch Kriegsereignisse, Folgen des Kriegs oder der Währungsumstellung erheblich geschädigt worden ist [2]. Seine Leistungsfähigkeit muß dadurch in einem Maße beeinträchtigt worden sein, daß ihm eine Erfüllung zu den alten Bedingungen nicht mehr zuzumuten ist [3]. Maßstab der zu gewährenden Vertragshilfe ist damit vor allem die Leistungsfähigkeit des Schuldners [4], von dessen wirtschaftlicher und finanzieller Situation das Gericht bei seiner Entscheidung auszugehen hat [5]. Der Schuldner hat dabei gemäß § 9 VHG seine Vermögens- und Erwerbsverhältnisse dem Gericht offenzulegen.

Die Entscheidung des Richters darf aber nicht bloß die persönlichen Verhältnisse des Schuldners zum Ausgangspunkt nehmen. Nach § 1 Abs. 1 VHG ist eine gerechte Abwägung der Interessen und der Lage beider Teile vorzunehmen. Bei der zu fällenden Entscheidung sind daher, ein Gebot des das Vertragshilferecht

---

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 103:
Schuldverhältnisse, Saage, Betrieb 1953,120; Duden-Rowedder, Anm. 23 zu Allg.; S. 38; BGHZ 6,394,395 und Gerken, MDR 1950,74.
a.A. Baur, JZ 1951,209, der von einem vierten Insolvenzverfahren spricht.

1) Saage, VHG, Einl. I, S. 2.
Böhmer, S. 7 spricht vom Vertragshilferecht als einer legalisierten, richterlichen Gesetzeskorrektur. Diese Charakterisierung gilt nicht nur für das VHG, sondern für alle ihm vorausgehenden Vertragshilferegelungen, Anlaß ist stets ein wirtschaftlicher Notstand gewesen, der zum Eingriff des Gesetzgebers geführt hat, vgl. dazu Kegel-Rupp-Zweigert, S. 152 ff., 155; Böhmer, S. 7 ff. und Duden-Rowedder, Anm. 2, 3 und 7 zu Allg., S. 26 und 27.

2) Saage, VHG, Anm. II 2b zu § 1 VHG und Staudinger-Weber, Anm. G 165 bis G 168 zu § 242 BGB.
Die Gründe müssen jedenfalls wirtschaftlicher Natur sein, Duden-Rowedder, Anm. 7 zu Allg., S. 28.

3) Duden-Rowedder, Anm. 11a zu Allg., S. 301; Jauernig, S. 126, Fußnote, 361 und BGHZ 19,196,202 und 203.

4) Duden-Rowedder, Anm. 11b zu Allg., S. 30 sprechen von einer Vertragshilfe wegen verminderter Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners.

5) Staudinger-Weber, Anm. G 216 und G 217 zu § 242 BGB und Stüben, S. 120.

beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben und der Billigkeit [1], auch die Einkommensverhältnisse des Gläubigers zu berücksichtigen [2]. Oberste Grenze der zu gewährenden Vertragshilfe bleibt aber die Leistungsunfähigkeit des Schuldners [3].

Die Maßnahmen, die dem Richter zur Erreichung der Vertragshilfe zur Verfügung stehen, sind gemäß § 1 VHG vor allem die im Hinblick auf die Bürgschaft interessierende Stundung und Herabsetzung der geschuldeten Leistung. Während die Stundung die Leistungspflicht des Schuldners für einen bestimmten Zeitraum aufschiebt und vorübergehender Natur ist [4], erlischt die Forderung in dem Umfang, in dem die Verbindlichkeit im Vertragshilfeverfahren herabgesetzt wird [5]. Die vom Gericht jeweils getroffene Entscheidung tritt, wenn sie rechtskräftig geworden ist, an die Stelle des ursprünglichen Vertrags, § 15 Abs. 1 i. V. m. § 16 Abs. 1 VHG, und wirkt, als ob zwischen den Parteien eine neue Vereinbarung abgeschlossen worden wäre [6].

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Erlaß des VHG eine allgemeine, durch die Kriegsereignisse und die Währungsumstellung hervorgerufene wirtschaftliche Notlage zum Ausgangspunkt gehabt hat. Das Vertragshilfeverfahren stellt jedoch auf die individuellen Verhältnisse des jeweils beantragenden Schuldners ab. Es stellt zwar noch kein weiteres Insolvenzverfahren dar, die Gewährung der Vertragshilfe hängt aber grundsätzlich von der Leistungsfähigkeit des Schuldners ab [7]. Eine Stundung oder Herabsetzung der Verbindlich-

---

1) Duden-Rowedder, Anm. 6 zu Allg., S. 27; Saage, VHG, Anm. III 2 zu § 1 VHG und BGH NJW 1955, 61.

2) BGH NJW 1954, 599 und BGHZ 14, 398.
Der Gläubiger soll umgekehrt durch die Vertragshilfe nicht zugrundegerichtet werden, Saage, VHG Anm. III 2c zu § 1 VHG.

3) Saage, VHG, Anm. III 2c zu § 1 VHG.

4) Staudinger-Weber, Anm. G 234 zu § 242 BGB und Saage, VHG, Anm. III 1a zu § 1 VHG.

5) BGHZ 6, 389; ebenso Saage, VHG, Anm. III 1b zu § 1 VHG und Staudinger-Weber, Anm. G 241 zu § 242 BGB.

6) Duden-Rowedder, Anm. 1 zu § 15 VHG und Saage, VHG, Anm. II 2a und b zu § 16 VHG.

7) Staudinger-Weber, Anm. G 217 zu § 242 BGB; Jauernig, NJW 1953, 1209; ähnlich Schmitz-Morkramer, ZGKW 1952, 470.
Nach BGHZ 6, 389 wird die geschuldete Leistung nach Maßgabe des Einzelfalls herabgesetzt oder gestundet.
Stüben, S. 120 und ähnlich Schemmel, S. 124 sehen dagegen allein in

keit ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Festhalten am ursprünglichen Vertrag für den Schuldner unbillig und unzumutbar ist [1].

Welche Auswirkung die Entscheidung des Richters auf die Verpflichtung des Bürgen hat, regelt das VHG nicht [2]. Der BGH [3] hat aber wenig später nach Inkrafttreten des VHG entschieden, daß sich der Bürge auf die Herabsetzung der Hauptschuld berufen darf [4].

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 105:

der Unzumutbarkeit, nicht aber in der Leistungsunfähigkeit des Schuldners den Rechtfertigungsgrund für die zu gewährende Vertragshilfe.

1) Staudinger-Weber, Anm. G 204 zu § 242 BGB.
Neben der gewöhnlichen Vertragshilfe gibt es die sogenannte korrigierende Vertragshilfe. Sie darf auch einem leistungsfähigen Schuldner gewährt werden, falls die fristgemäße oder volle Leistung trotzdem unzumutbar erscheint. Der auf ihr beruhende Eingriff erfolgt daher ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners, vgl. dazu Saage, VHG, Anm. II 2d zu § 1 VHG; Duden-Rowedder, Anm. 11b zu Allg., S. 30; Soergel-Siebert-Knopp, Anm. 475 zu § 242 BGB; Jauernig, NJW 1953,1209 und BGH NJW 1954,599.
Staudinger-Weber, Anm. G 435 zu § 242 BGB machen jedoch zwischen den beiden Vertragshilfearten keinen Unterschied.

2) Der inzwischen wieder aufgehobene § 1 Abs. 4 VHG bestimmte lediglich, daß die Gläubiger von Kapitalverbindlichkeiten, die durch dingliche Rechte geschützt waren, in ihren Rechten nicht beeinträchtigt wurden, vgl. dazu Soergel-Siebert-Kopp, Anm. 480 zu § 242 BGB.

3) BGHZ 6,385.

4) Bereits RGZ 93,91 hatte anläßlich der Hypothekenverordnung vom 8.6. 1916, RGBl. 1916,I,453, festgestellt, daß die dem Hauptschuldner vom Gesetz bewilligte Zahlungsfrist gemäß § 767 BGB dem Bürgen zugutekomme; zustimmend OLG Nürnberg LZ 1918,1227, OLG Braunschweig SeuffArch 73,73 und Stillschweig, JW 1916,1067.
OLG Stuttgart JW 1934,306 traf im Hinblick auf die Notverordnung vom 8.12.1931, RGBl. 1931,I,699 die gleiche Entscheidung; zustimmend Staudinger-Brändl, Vbem. 51 zu § 765 BGB.
Bei § 21 Abs. 4 UG handelte es sich hingegen um keinen Fall der Vertragshilfe. Das dort enthaltene Leistungsverweigerungsrecht setzte nicht die Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners voraus, sondern wurde wegen der allgemein herrschenden Notlage jedem Schuldner gewährt, mußte aber im Prozeß geltend gemacht werden, Duden-Rowedder, Anm. 16 zu Geschichte, S. 19; Saage, VHG, Anm. I 4 zu § 21 VHG; Kemnitz, Be-

Der BGH stellte einleitend fest, daß das Wesen der Bürgschaft darin bestehe, den Gläubiger gegen die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen[1]. Falls das Vertragshilfeverfahren beabsichtige, die wirtschaftliche Existenz des Hauptschuldners zu erhalten, lasse sich die Auffassung vertreten, daß die Verpflichtung des Bürgen von der Herabsetzung der Hauptverbindlichkeit nicht berührt werden dürfe. Die Entscheidung hänge davon ab, ob der in § 767 BGB aufgestellte Grundsatz der Abhängigkeit der Bürgschaft gegenüber dem der Bürgschaft wesentlichen Sicherungszweck zurückzutreten habe, wenn in das Hauptschuldverhältnis im Wege der Vertragshilfe eingegriffen werde. Aus dem Grundsatz des § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB, der für den Regelfall gedacht sei, und dem Fehlen einer Vorschrift, die dem Bürgen die Berufung auf jene Einreden verbiete, die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners hätten, folgerte dann der BGH, daß sich Abhängigkeit und Sicherungszweck miteinander vereinbaren ließen. Dabei könne es dahingestellt bleiben, ob das deutsche Recht die Abhängigkeit über den Sicherungszweck stelle oder nicht. Umgekehrt könne aber ebensowenig gesagt werden, daß der Sicherungszweck der Abhängigkeit vorgehe. Es lasse sich immer nur im Einzelfall entscheiden, ob der Sicherungszweck der Abhängigkeit tatsächlich übergeordnet sei.

Der BGH zitierte dann im folgenden die beiden früheren Vertragshilferegelungen des § 35 SchuldRegelG [2], der die Abhängigkeit bestätigt, und § 8 SchuldBerG [3], der die Abhängigkeit aufgehoben habe. Aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber außerdem die Abhängigkeit in den §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO durchbrochen habe, könne nur der Schluß gezogen werden, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die Abhängigkeit der Bürgschaft in allen den Fällen, in denen sie nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt worden sei, aufrechterhalten werden müsse. Im übrigen sei verständlich, daß sich Anordnungen wie die des § 35 SchuldRegelG sehr selten fänden, da ihr Inhalt be-

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 106:
trieb 1953, 750 und Coing, NJW 1951, 385 und 386. Der Bürge durfte sich daher auf die dem Hauptschuldner zustehende Einrede berufen, Veith, MDR 1951, 260; Coing, NJW 1951, 385 und BGB-Fischer, Anm. 15 zu § 767 BGB.
a.A. Bettermann, NJW 1953, 1818, da der Bürge auch ein solches Risiko zu tragen habe.

1) Diese Formulierung ist aber ungenau, da sie, konsequent weitergedacht, den Bürgen dazu verpflichtete, den Hauptschuldner immer mit genügend Zahlungsmitteln zu versehen.
2) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 1 a aa).
3) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 2 a aa).

reits in § 767 BGB vorweggenommen worden sei. Fehle in einem Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung darüber, welchen Einfluß der das Hauptschuldverhältnis verändernde Eingriff auf die Verpflichtung des Bürgen habe, müsse es beim Grundsatz des § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB bleiben. Die im Wege der Vertragshilfe vom Richter festgesetzte Herabsetzung der Hauptschuld wirke daher, da das VHG eine den Bürgen betreffende Vorschrift nicht enthalte, wie ein zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vereinbarter Erlaßvertrag auch zu Gunsten des Bürgen [1].

---

1) Zustimmend Haegele, DRpfl 1952,218; Onursal, S. 127; Bönner, S. 86; Stüben, S. 155; Schemmel, S. 119; Esser II, S. 87 III 2; Staudinger-Weber, Anm. G 429 und G 434 zu § 242 BGB; Staudinger-Brändl, Vbem. 49 zu § 765 BGB und KG NJW 1955,1152.
Enneccerus-Lehmann, § 193 III c und Erman-Wagner, Anm. 1 zu § 767 BGB geben die Entscheidung des BGH kommentarlos wieder.
Mathieu, der in Betrieb 1953,753,755 die Auffassung des BGH teilt, hat in DNotZ 1953,371 die Frage offengelassen, ebenso Bergenroth, NJW 1953,171. Auch nach Saage, VHG, Anm. IV zu § 1 VHG, S. 63 kann aus dem Schweigen des VHG weder die eine noch die andere Auffassung hergeleitet werden. Doch möchte er grundsätzlich, wenn auch auf den Einzelfall abstellend, § 767 BGB anwenden.
Während OLG Hamburg NJW 1953,1633,1635 Zweifel anmeldete, ob der Entscheidung beigetreten werden könne oder ob der Bürge nicht ebenfalls auf den Weg der Vertragshilfe zu verweisen sei, falls er vom Gläubiger belangt werde, läßt es BGH NJW 1963,1617,1618 dahingestellt, ob BGHZ 6,385 zu folgen sei oder nicht.
A.A. die beiden bereits vor dem Urteil des BGH ergangenen Entscheidungen OLG Stuttgart HEZ 1,96 und OLG Schleswig, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1950,261, da der Bürge gerade dann einzustehen habe, wenn der Hauptschuldner wegen seiner Vermögenslage um richterliche Vertragshilfe nachgesucht habe. Unter diesen Voraussetzungen müsse die Abhängigkeit dem Sicherungszweck weichen; ebenso Weber, DRZ 1949,145, 147; Veith, MDR 1951,258,260; Coing, NJW 1951,385; Schmitz-Morkramer, ZGKW 1950,517 und Schilling, SJZ 1948,79,80.
Die Entscheidung des BGH ist im übrigen von einem beträchtlichen Teil der Literatur unter Hinweis auf den Sicherungszweck der Bürgschaft abgelehnt worden, vgl. Jauernig, NJW 1953,1207 und 1208; Reinicke, MDR 1952,708 und 709; Schmitz-Morkramer, ZGKW 1952,470; Baur, JZ 1953, 30 und 31; Bettermann, NJW 1953,1817; Köhler, Anm. zu OLG Hamburg NJW 1953,1633; Duden-Rowedder, Anm. 18 zu Allg., S. 34; Larenz II, § 58 I, S. 323; Soergel-Schmidt, Anm. 8 zu § 767 BGB; BGB-RGRK-Fi-

Der BGH [1] hat dagegen später, wenn auch auf einen anderen Sachverhalt bezogen, entschieden, daß die Verpflichtung des Bürgen wegen des ihr innewohnenden Sicherungszwecks nicht erlöschen dürfe, wenn der Hauptschuldner als Rechtspersönlichkeit, und mit ihm die Hauptschuld, nur deshalb untergegangen sei, weil der Hauptschuldner vermögenslos geworden sei [2].

4. Die Rechtsprechung des Kammergerichts (KG) im Zusammenhang mit dem Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge vom 19.5.1953 [3], i.d.F. vom 23.10.1961 (Bundesvertriebenengesetz = BVFG) [4].

Die Folge des letzten Kriegs wirkten sich nicht nur auf die Vermögensverhältnisse vieler Schuldner, sondern auch in der Flucht von Millionen von Menschen aus, die, meist enteignet, völlig mittellos in den Westzonen, der späteren Bundesrepublik, eintrafen. Der Gesetzgeber hielt es daher für notwendig, eine auf die Vertriebenen und Flüchtlinge bezogene Regelung zu schaffen, die zu einer Bereinigung des Schuldenproblems führen sollte. Die in die Gesellschaft eingegliederten Vertriebenen und Flüchtlinge durften beim Neuaufbau ihrer Existenz, sollte er nicht von vornherein zum Scheitern verurteilt sein, nicht mit ihren alten Schulden belastet bleiben [5]. Die diesen Fragenkomplex regelnden Vorschriften der §§ 82 ff. BVFG schufen gegenüber dem VHG eine Sonderregelung, die

---

Fortsetzung der Fn. 1) von S. 108:
scher, Anm. 15 zu § 768 BGB; Palandt-Thomas, Anm. 2a zu § 768 BGB und v. Godin in RGRKomm. z. HGB, Anm. 9 zu § 349 HGB.
Unstreitig darf sich dagegen der Bürge auf die im Wege der korrigierenden Vertragshilfe erfolgte Herabsetzung der Forderung berufen, da sie nicht von der Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners abhängig gemacht wird, Duden-Rowedder, Anm. 18 zu Allg., S. 34.

1) BGH BB 1956, 830.

2) Ebenso LG Berlin NJW 1951, 238; KG NJW 1955, 1152; Hessisches OLG WM 1957, 296 und KG WM 1958, 1343, das hervorhebt, daß Fälle denkbar seien, in denen zur Erreichung des Sicherungszwecks auf die Akzessorietät verzichtet werden müsse.
a. A. Beitzke, NJW 1952, 844, da mit dem Hauptschuldner auch die Hauptverbindlichkeit weggefallen sei, von der die Bürgschaft abhänge.

3) BGBl. 1953, I, 201.

4) BGBl. 1961, I, 1883.

5) v. Kopp, Anm. 1 zu § 82 BVFG und Strassmann-Nitsche, Anm. 1 zu § 82 BVFG.

ihm zwar vorgeht, im übrigen aber das VHG unberührt läßt [1].

Das BVFG geht davon aus, daß bei den Vertriebenen und Flüchtlingen ein totaler Vermögensverlust eingetreten ist [2], § 82 BVFG bestimmt daher, daß die Vertriebenen und Flüchtlinge wegen Verbindlichkeiten, die vor der Vertreibung oder der Flucht begründet worden waren, grundsätzlich nicht mehr in Anspruch genommen werden können. Daraus folgt aber nicht, daß der Anspruch gegen die Vertriebenen oder Flüchtlinge erlassen oder erloschen ist. Das widerspräche § 83 BVFG, nach dem der Gläubiger zur Vermeidung unbilliger Härten wegen der unter § 82 BVFG fallenden Verbindlichkeiten die richterliche Vertragshilfe anrufen kann, um das Schuldverhältnis durch den Richter neu gestalten zu lassen. Die Verpflichtungen der Vertriebenen und Flüchtlinge werden vielmehr zu unvollkommenen Verbindlichkeiten [3]. Der Gläubiger kann seine Forderung nicht mehr im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen, es sei denn, er beantragt gemäß § 83 BVFG das Vertragshilfeverfahren. Hält das Gericht den Antrag des Gläubigers für begründet, lebt die Verbindlichkeit in der vom Richter neu festgesetzten Höhe wieder zu einer vollkommenen Verbindlichkeit auf [4].

Da jeder Vertriebene oder Flüchtling, gleichgültig, ob noch vermögend oder vermögenslos, unter § 82 BVFG fällt, stellt der Eingriff des § 82 BVFG nicht auf eine individuelle Notlage ab, sondern bezieht sich auf eine ganze Kategorie von Schuldnern, ohne dabei die gesetzliche Vergünstigung von der Leistungsunfähigkeit des einzelnen Schuldners abhängig zu machen. Das Gesetz, und nicht mehr wie im VHG der Richter, nimmt jetzt den Eingriff in die Schuldverhältnisse vor, der, aus einer allgemeinen Notlage resultierend, ebenso allgemeiner Natur ist.

Eine Bestimmung, wie sich die Vorschrift des § 82 BVFG auf die Verpflichtung des Bürgen auswirkt, enthält das BVFG nicht. Das KG [5] hatte jedoch einige Zeit nach Erlaß des BVFG Gelegenheit, zu der vom Gesetzgeber offen gelassenen Fra-

---

1) Ehrenforth, Vbem. zu § 82 BVFG, S. 338 und 339; Saage, BVFG, Anm. III 1 zu § 82 BVFG.

2) Saage, BVFG, Anm. I 1 zu § 82 BVFG.

3) Strassmann-Nitsche, Anm. 4 zu § 82 BVFG; Ehrenforth, Anm. 2 zu § 82 BVFG; Saage, BVFG, Anm. II 3a zu § 82 BVFG; derselbe, JR 1954, 16; Mathieu, Betrieb 1953, 753; Werber-Bode-Ehrenforth, Anm. 5 zu § 82 BVFG; Staudinger-Weber, Einl. L 27 zu § 241 BGB und KG NJW 1956, 1481.

4) Die unvollkommene Verbindlichkeit ist auflösend bedingt, Saage, BVFG, Anm. II 3a zu § 82 BVFG; vgl. weiter Mathieu, Betrieb 1953, 753 und Staudinger-Weber, Anm. G 366 ff. zu § 242 BGB.

5) KG NJW 1956, 1481.

ge Stellung zu nehmen. In seiner Entscheidung stellte es fest, daß die Verpflichtung des Bürgen wie die des Hauptschuldners gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit werde.

Das KG ging davon aus, daß der Bürge von seiner Schuld befreit worden wäre, falls § 82 BVFG die Hauptverbindlichkeit zum Erlöschen gebracht hätte. Ebenso werde die Bürgschaft zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit, wenn die Hauptschuld zu einer solchen Verbindlichkeit geworden sei. Zu prüfen sei jedoch, ob der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht eine abweichende Entscheidung verlange.

Das KG hebt in diesem Zusammenhang hervor, daß alleiniger Zweck der Bürgschaft die Sicherung des Gläubigers sei. Die Abhängigkeit von der Hauptschuld sei nur eine Eigenschaft der Bürgschaft, weil anders der Sicherungszweck nicht erreicht werde, er hingegen entfalle, falls die Bürgschaft nicht abhängig wäre [1]. Nicht mehr und nicht weniger als Sicherung gewähre die Bürgschaft dem Gläubiger. Der wirtschaftliche Zweck mache daher Regelungen wie die der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO notwendig. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen scheide aber aus, da es sich hier auch darum handle, ob dem Hauptschuldner seine Notlage zugerechnet werden könne. Fehle eine gesetzliche Regelung, wie ein Eingriff in das Hauptschuldverhältnis auf die Bürgschaft wirke, müsse es beim Grundsatz des § 767 BGB bleiben, es sei denn, daß gerade ein solcher Eingriff wie der des § 82 BVFG noch in den Bereich des vom Bürgen zu deckenden Risikos falle.

Nehme man für den Regelfall an, daß der Bürge alle denkbaren wirtschaftlichen Risiken zu tragen habe, könne dies jedoch gegenüber einem staatlichen Eingriff, berücksichtige er auch das Unvermögen des Schuldners, nicht ohne weiteres gelten. Zunächst sei der Wille der Beteiligten entscheidend. Es bedürfe aber keiner weiteren Begründung, daß der Bürge einen gesetzlichen Eingriff wie den des § 82 BVFG nicht habe voraussehen können. Ebensowenig lasse sich aus dem Schweigen des Gesetzes entnehmen, ob der Bürge haften müsse. Die bei der Bürgschaftsübernahme keinesfalls voraussehbare Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners, eine Folge späterer, einmaliger politischer und wirtschaftlicher Umwälzungen, rechtfertige daher nicht die Forthaftung des Bürgen [2].

---

1) Das hieße aber, daß ausschließlich die Abhängigkeit bestimmt, ob der Bürge verpflichtet bleibt oder nicht. Der Sicherungszweck käme nur dann zur Geltung, wenn er der Abhängigkeit nicht entgegenstünde.

2) Die Meinung der Literatur ist geteilt. Die Auffassung des KG teilen Strassmann-Nitsche, Anm. 9 zu § 82 BVFG; Ehlers, BB 1953, 340; Ehrenforth, Anm. 4 zu § 82 BVFG; Werber-Bode-Ehrenforth, Anm. 6 zu § 82 BVFG;

II. Die französische Rechtsprechung

1. Die Rechtsprechung der Appellationsgerichte im Zusammenhang mit dem Moratorium auf Grund des Gesetzes vom 5.8.1914 (Loi, relative à la prorogation des échéances des valeurs négociables) [1].

Die Rechtsprechung der französischen Gerichte, voran die des Kassationshofs, hat immer wieder die akzessorische Natur der Bürgschaft bestätigt. So hat der Kassationshof [2] entschieden, daß der Bürge als abhängiger Schuldner nie zu mehr oder unter schwereren Bedingungen als der Hauptschuldner verpflichtet werden könne. Nicht weniger ausdrücklich haben die Gerichte [3] betont, daß der Untergang der Hauptschuld oder der vergleichsweise eingeräumte Erlaß auch den Bürgen befreie, da die Bürgschaft als akzessorische Verpflichtung das Schicksal der Hauptschuld erleide und sie nicht überleben könne. Der Bürge dürfe daher auch alle der Hauptverbindlichkeit innewohnenden Einwendungen geltend machen [4].

Die Rechtsprechung ist erst im Rahmen gesetzlicher Sonderregelungen, die verschiedene Schuldnergruppen Zahlungserleichterungen einräumten, mit der Frage konfrontiert worden, ob dem Bürgen diese Vergünstigung ebenfalls zuteil werden oder er wie ursprünglich verpflichtet bleiben sollte. Der Gesetzgeber hatte keine Regelung geschaffen, wie sich der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis auf die Verpflichtung des Bürgen auswirkte. Die Gerichte mußten daher prüfen, ob der Bürge, insbesondere der solidarische Bürge, sich auf die dem Hauptschuldner gewährte Vergünstigung berufen durfte.

So hatte der Gesetzgeber, um den durch den Kriegsausbruch von 1914 eingetretenen oder noch zu erwartenden Schwierigkeiten entsprechend begegnen zu können, die Regierung in Art. 2 des Gesetzes vom 5.8.1914 ermächtigt, im Wege

---

Fortsetzung der Fn. 2) von S. 111:

Bönner, S. 92 und 94; Staudinger-Weber, Anm. G 429 zu § 242 BGB; Staudinger-Brändl, Vbem. 50 zu § 765 BGB. Enneccerus-Lehmann, § 192 III c geben lediglich das Urteil des KG wieder.

a.A. unter Hinweis auf den Sicherungszweck und die vermutete Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners, Saage, BVFG, Anm. II 3c zu § 82 BVFG; Mathieu, Betrieb 1953, 755; Palandt-Thomas, Anm. 2 a zu § 768 BGB; Soergel-Schmidt, Anm. 8 zu § 767 BGB und BGB-RGRK-Fischer, Anm. 15 zu § 767 BGB.

1) Journal officiel vom 6.8.1914, S. 7126 und 7127.

2) Civ. S. 1887,1,5 mit Anm. von Labbé.

3) Rouen, D. 1868,2,98; Req. D. 1890,1,422 und Lyon, D. 1910,5,1.

4) Civ. S. 1887,1,5 und Paris, D. 1964, Somm. S. 13.

der Verordnung die Verfolgung der Schuldner, die unter die Mobilisationsmaßnahmen fielen, aufzuschieben [1]. Art. 4 des Gesetzes, der Art. 2 ergänzte, untersagte außer der Erhebung der öffentlichen Klage auch die auf die Zwangsvollstreckung gerichteten Akte gegen die sich unter den Fahnen befindenden Bürger.

Der Aufschub der Verfolgung, der praktisch der Einräumung einer Zahlungsfrist gleichkam und die Wirkungen eines Moratoriums zeigte, stellte dabei nicht auf den einzelnen, leistungsunfähigen Schuldner ab, sondern wurde jedem Schuldner gewährt, der eingezogen wurde [2]. Gegen einen unter die Mobilmachung fallenden Schuldner war deshalb die Verfolgung eingestellt worden. Der Bürge, der sich für den Schuldner solidarisch verbürgt hatte, hielt dem sich an ihn wendenden Gläubiger entgegen, daß die Einstellung der Verfolgung auch ihm gegenüber wirke. Das Gericht [3] entschied jedoch, daß der solidarische Bürge die dem Hauptschuldner gewährte Vergünstigung nicht geltend machen dürfe.

Das Gericht stützte seine Entscheidung hauptsächlich auf den Umstand, daß das Gesetz und die darauf beruhende Verordnung nur dem Hauptschuldner den Aufschub der Verfolgung eingeräumt, über die Auswirkung auf den Bürgen aber geschwiegen habe. Daraus zog es den Schluß, daß die Einstellung der Verfolgung im höchstpersönlichen Interesse des Hauptschuldners erfolgt und die daraus resultierende, dem Hauptschuldner zustehende Einwendung höchstpersönlicher Natur sei. Da aber die Wirkungen der solidarischen Bürgschaft gemäß Art. 2021 C. civ. nach den Prinzipien der Gesamtschuld zu beurteilen seien, das Einwendungsrecht des solidarischen Bürgen sich also nach Art. 1208 C. civ. richte, dürfe er sich auch nicht gemäß Art. 1208 Abs. 2 C. civ. auf die dem Hauptschuldner gewährte höchstpersönliche Vergünstigung berufen. Er stehe einem Mitschuldner gleich, der vom Gläubiger sofort verfolgt werden könne. Dies müsse so sein, da die solidarische Bürgschaft dem Gläubiger sonst keine wirksame Sicherheit böte [4].

---

1) vgl. dazu Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 69.

2) Mazeaud II, Nr. 915 rügt, daß das Moratorium vom 5.8.1914 zu allgemein gefaßt gewesen sei und zu ärgerlichen Konsequenzen geführt habe, ähnlich Colin-Capitant II, Nr. 1718.
Zur Fristverlängerung durch Moratorium vgl. Mazeaud II, Nr. 915; Morandière II, Nr. 918 und Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 17 bis und 68 ff.

3) Bastia, D. 1916,2,20.

4) Ebenso Trib. de la Seine, D. 1916,2,35, dessen Entscheidung ebenfalls das Gesetz vom 5.8.1914 zugrundelag; zustimmend Holleaux in Anm. zu Req. D. 1931,1,73; Lenfant, S. 30 und Sigalas, Nr. 71.

Der Schwerpunkt der Entscheidung lag jedoch nicht in der Hervorhebung des Sicherungszwecks gegenüber der Abhängigkeit der Bürgschaft, sondern in der Angleichung der solidarischen Bürgschaft an die Gesamtschuld. Damit wurde praktisch die akzessorische Natur der solidarischen Bürgschaft aufgehoben, wobei sich die Frage nach dem Umfang des Sicherungszwecks erübrigte. Sieht man zudem in dem gesetzgeberischen Eingriff eine dem Hauptschuldner zustehende höchstpersönliche Einrede, die nur er geltend machen durfte, mußte konsequenterweise dem solidarischen Bürgen die Berufung auf die Einstellung der Verfolgung versagt werden [1].

2. Die Rechtsprechung des Kassationshofs im Zusammenhang mit dem délai de grâce auf Grund des Gesetzes vom 12.1.1921 (Loi, permettant aux sociétés et aux individus ayant leur exploitation en Russie d'obtenir des délais pour l'exécution de leurs engagements) [2].

Einige Zeit später hatte sich auch der Kassationshof [3] mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die dem Hauptschuldner gewährte Zahlungserleichterung vom solidarischen Bürgen geltend gemacht werden kann.

Während und nach der Oktoberrevolution von 1917 emigrierten viele russische Staatsbürger nach Frankreich. Da sie meist enteignet worden und daher vermögenslos waren, sahen sie sich nicht in der Lage, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen und die sie in Frankreich verfolgenden Gläubiger sofort zu befriedigen. Um ihre wirtschaftliche Not zu erleichtern, wurde das Gesetz vom 12.1. 1921 erlassen, das den Schuldnern einen Zahlungsaufschub für die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten einräumte.

Nach Art. 1 des Gesetzes waren die in Rußland enteigneten, natürlichen Personen und Gesellschaften berechtigt, vor Gericht um eine Stundung (délai de grâce) ihrer Verbindlichkeiten nachzusuchen. Sie war nach Art. 2 des Gesetzes beim Handelsgericht, in dessen Bezirk sich der Wohnsitz des Schuldners befand,

---

1) Der einfache Bürge darf sich dagegen auf die Verfolgungseinstellung oder den Zahlungsaufschub berufen, da unter den Begriff der höchstpersönlichen Einwendung in Art. 2036 Abs. 2 C. civ. nur die Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners fällt, Holleaux in Anm. zu Req. D. 1931,1,73. Das ist aber widersprüchlich, da sich der Inhalt der Verpflichtung des einfachen Bürgen nicht von dem des solidarischen Bürgen unterscheidet.

2) Journal officiel vom 15.1.1921, S. 802.

3) Req. S. 1939,1,161.

zu beantragen. Art. 3 des Gesetzes ermächtigte außerdem das Gericht, den Umfang der Stundung zu bestimmen. Bei der Festsetzung der Stundung hatte es aber die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners zu berücksichtigen.

Im Unterschied zum Moratorium vom 5.8.1914, das noch selbst die einzelnen Maßnahmen bestimmte, hatte jetzt der Gesetzgeber dem Richter die Befugnis eingeräumt, die Stundung auszusprechen und gleichzeitig ihre Dauer festzulegen. Die vom Gesetz gewährte Stundung ist daher nicht als Moratorium, sondern als délai de grâce zu beurteilen [1].

Der délai de grâce selbst ist in Art. 1244 C. civ. geregelt, der in seiner ursprünglichen Fassung dem Richter die Befugnis verliehen hatte, die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners unter Berücksichtigung seiner persönlichen Situation zu stunden. Der Richter war aber angewiesen, von dieser Befugnis nur mit großem Vorbehalt Gebrauch zu machen und nur mäßige Fristen einzuräumen [2]. Bis zum ersten Weltkrieg wurde Art. 1244 C. civ. kaum in Anspruch genommen.

Erst die mit dem Kriegsausbruch verbundenen oder auf ihn folgenden wirtschaftlichen Umwälzungen haben Art. 1244 C. civ. Bedeutung verliehen. Der Gesetzgeber hat sich zudem genötigt gesehen, verschiedene gesetzliche Maßnahmen zu ergreifen, die den Anwendungsbereich des Art. 1244 C. civ. noch zusätzlich ausgeweitet haben [3]. Dem Vorwurf [4], dadurch den in Art. 1134 Abs. 1 C. civ. niedergelegten Grundsatz der Vertragstreue auszuhöhlen, ist er mit dem Einwand begegnet, daß den vertraglichen Beziehungen übergeordnete Gründe es nötig machen können, in das Vertragsleben einzugreifen und die Schuld zu stunden [5].

---

1) So der Kassationshof in Req. S. 1939,1,161.
Doch ist auch in den Moratorien selbst, wenn der Richter über die Stundung zu entscheiden hat, vom délai de grâce die Rede. So überschreibt das Moratorium vom 31.8.1934, Journal officiel vom 1.9.1937, S. 10050 seinen dritten Abschnitt mit délai de grâce, vgl. dazu Ripert-Boulanger II, Nr. 1503 und Planiol-Ripert VII, Br. 1203.

2) Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 11 und Mazeaud II, Nr. 909.

3) Bei Lorans, S. 88 sind die einzelnen Gesetzesregelungen aufgezählt.

4) Josserand, D.H. 1937, Chr. 41, 45 und 44 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1493.

5) Vgl. dazu Colin-Capitant II, Nr. 1711 und Ripert, D.H. 1936, Chr. S. 57. Nach Ripert, Le régime démocratique, Nr. 69 ist der Schuldner die einzige würdige, vom Gesetz zu schützende Person. Er folgert dies aus dem allgemeinen Gedanken der Demokratie, die den Schwachen zu schützen habe.

Später hat dann der Gesetzgeber Art. 1244 Abs. 2 C. civ., der die Einräumung des délai de grâce regelte, durch Gesetz vom 20.8.1936 [1] ersetzt und ihm einen modifizierenden Inhalt gegeben. Der Richter, der eine Stundung ausspricht, hat zwar auch jetzt die Situation und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners in Rechnung zu stellen, ist aber nicht mehr gehalten, dabei äußerste Vorsicht walten zu lassen. Die von ihm bewilligte Stundung schiebt die gerichtliche Verfolgung auf, ändert jedoch den Bestand der Schuld selbst nicht [2].

Drei Voraussetzungen müssen erfüllt werden, damit Art. 1244 C. civ. angewendet werden kann. Zuerst muß es sich bei dem beantragenden Schuldner um einen unverschuldet in Zahlungsschwierigkeiten gekommenen, aber redlichen Schuldner handeln (débiteur malheureux et de bonne foi) [3]. Dann ist vom Richter zu prüfen, ob seine persönliche und wirtschaftliche Situation die Einräumung einer Stundung rechtfertigt [4]. Dabei ist, obwohl Art. 1244 C. civ. darüber schweigt, auch die Situation des Gläubigers zu berücksichtigen [5]. Schließlich ist die allgemeine, wirtschaftliche Lage, die zu der mangelnden Leistungsfähigkeit des Schuldners geführt hat, zu untersuchen [6]. Die nach Prüfung dieser drei Punkte vom Richter eingeräumte Stundung soll, obwohl Art. 1244 C. civ. keine ausdrückliche Zeitbeschränkung vorsieht, ein Jahr nicht überschreiten [7].

Aus der auf den einzelnen Schuldner abstellenden Betrachtungsweise folgt, daß der délai de grâce eine rein persönliche Vergünstigung darstellt, auf die sich

---

1) D.P. 1936,4,247;
vgl. dazu die zu diesem Gesetz ergangenen Erläuterungen von Leloir in D.P. 1936,4,245 und 247, sowie Colin-Capitant II, Nr. 1716 und Planiol-Ripert VII, Nr. 1018.

2) Planiol-Ripert VII, Nr. 1021 und Morandière II, Nr. 916.
Art. 1244 C. civ. gilt für alle Arten von Verpflichtungen, Paris, Gaz. Pal. 1956,2,30, außer für Scheck und Wechselverbindlichkeiten, Mazeaud II, Nr. 910.

3) Lorans, S. 37; Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 30; Angers, Gaz. Pal. 1938,2,398.

4) Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 30.

5) Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 32.

6) Ripert-Boulanger II, Nr. 1496; Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 33 und Le Havre, Gaz. Pal. 1936,2,736.

7) Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 36; Ripert-Boulanger II, Nr. 1497 und Cass. D. 1959, Somm. S. 94.

gemäß Art. 1208 Abs. 2 C. civ. kein anderer Mitschuldner berufen darf [1]. Umgekehrt ist der einfache Bürge wegen der akzessorischen Natur seiner Verpflichtung berechtigt, gemäß Art. 2036 Abs. 1 C. civ. den dem Hauptschuldner gewährten délai de grâce geltend zu machen [2].

Eine Vorschrift, wie sich die vom Richter ausgesprochene Stundung auf die Verpflichtung des Bürgen auswirkte, enthielt das Gesetz vom 12.1.1921 nicht. Ein solidarischer Bürge, der vom Gläubiger belangt wurde, war der Auffassung, daß die Stundung auch für ihn gelte. Der Kassationshof [3] entschied jedoch, daß der solidarische Bürge dem Gläubiger gegenüber die Stundung nicht geltend machen dürfe. Das Urteil stützte sich dabei auf einen Bericht [4], der von einem Mitglied des Gerichts zu dieser Sache angefertigt worden war. Danach stellte sich dem Gericht folgende Frage: Ist der dem vermögenslosen Hauptschuldner eingeräumte délai de grâce eine höchstpersönliche Vergünstigung oder ein das Schuldverhältnis berührender Eingriff, mit der Folge, daß der Gläubiger auch nicht gegen den solidarischen Bürgen vorgehen kann?

Der Bericht beginnt mit der Feststellung, daß sich der Bürge auf die Nichtigkeit der Hauptschuld berufen dürfe, da es sich bei ihr um eine der Schuld innewohnende Einwendung handle. Ebenso sei die Verpflichtung des Bürgen befristet, wenn die Hauptschuld befristet sei. Die einem vermögenslosen Hauptschuldner gewährte Stundung habe dagegen nicht notwendigerweise auch einen Zahlungsaufschub für den solidarischen Bürgen zur Folge. Der Grund sei weniger in der Leistungsfähigkeit des solidarischen Bürgen zu suchen, sondern liege vor allem in dem Umstand, daß der Gesetzgeber die Stundung nur dem Hauptschuld-

---

1) Texier, S. 91 und 92; Sigalas, Nr. 71; Miloae, S. 163; Deveau, S. 77; Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 61 und Mazeaud II, Nr. 912.
Der Gläubiger muß jedoch seine Forderung gegenüber den anderen Gesamtschuldnern um den Anteil des begünstigten Gesamtschuldners verkürzen, da sonst der Rückgriff die Wirkung der Stundung vereiteln könnte, Lorans, S. 52; Miloae, S. 163 und Deveau, S. 77.

2) Texier, S. 96; Deveau, S. 77; Laurent XXVIII, Nr. 163; Turley, S. 35; Holleaux in Anm. zu Req. D. 1931,1,75; Miloae, S. 163 und Juris-Classeur civil Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 63.
Der délai de grâce ist keine höchstpersönliche Einwendung, Marty, RtDC 1939,783, da unter Art. 2036 Abs. 2 C. civ. nur die Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners fällt, Mazeaud III, Nr. 22.

3) Req. S. 1939,1,161.

4) Rapport Dumas zu Req. S. 1939,1,161,163 und 164.

ner, nicht auch dem solidarischen Bürgen gewährt habe. Außerdem habe er die Bewilligung der Stundung von den persönlichen Verhältnissen des Hauptschuldners abhängig gemacht. Daraus folge, daß die Stundung individueller Natur sei und als rein persönliche, auf den Hauptschuldner beschränkte Vergünstigung aufzufassen und nicht als der Hauptschuld innewohnend anzusehen sei.

Aus der im Rahmen des Zwangsvergleichs getroffenen Regelung des Art. 524 C. com. lasse sich weiter der Schluß ziehen, daß der solidarische Bürge immer dann verpflichtet bleibe, wenn dem Hauptschuldner aus rein persönlichen Gründen eine Vergünstigung eingeräumt worden sei. Werde daher vom Gericht die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf Grund eines Ausnahmegesetzes wie das vom 12.1.1921 gestundet, dürfe sich der solidarische Bürge darauf ebensowenig wie auf die im Zwangsvergleich ergangenen Maßnahmen berufen. Bereits Art. 2036 Abs. 2 C. civ. erkläre formell, daß dem Bürgen solche höchstpersönlichen Einwendungen versagt seien.

Der entscheidende Gesichtspunkt, weshalb der solidarische Bürge nicht die Stundung geltend machen dürfe, liege jedoch in der Rechtsnatur der solidarischen Bürgschaft. Hier müsse die Erwägung Platz greifen, daß die Verpflichtung des solidarischen Bürgen gemäß Art. 2021 C. civ., zumindest im Verhältnis zum Gläubiger, nach den Prinzipien der Gesamtschuld zu beurteilen sei. Die Frage, ob der solidarische Bürge eine höchstpersönliche Einrede des Hauptschuldners einwenden dürfe, richte sich daher nicht nach Art. 2036 Abs. 2 C. civ., sondern nach Art. 1208 Abs. 2 C. civ. Da der einem der Gesamtschuldner eingeräumte délai de grâce aber als höchstpersönliche Einrede gelte, sei dem solidarischen Bürgen die Berufung auf den délai de grâce versagt. Dieses Ergebnis sei im übrigen nur recht und billig, da der Gläubiger, der einen solidarischen Bürgen verlange, gerade für den Fall der Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners eine Sicherheit haben wolle.

Das Urteil des Kassationshofs versagte ebenfalls dem solidarischen Bürgen das Recht, die Stundung dem Gläubiger entgegenzuhalten. Zwar hänge der Umfang der Bürgschaft vom Bestand der Hauptschuld ab, doch sei die Verpflichtung des solidarischen Bürgen in ihren Beziehungen zum Gläubiger nach den Regeln der Gesamtschuld zu bemessen [1].

---

1) Zustimmend die diese Auffassung teilende Literatur, vgl. Sigalas, Nr. 71; Lenfant, S. 30; Hervé, S. 99; ebenso Colin-Capitant-Morandière II, Nr. 1406 und Beudant et Lerebours-Pigeonnière XIII, Nr. 136 unter Hinweis auf die Rechtsprechung; vgl. weiter Wattiez, S. 138 und 139.
Doch folgt auch die den akzessorischen Charakter der solidarischen Bürgschaft unterstreichende Literatur kritiklos der Rechtsprechung, vgl. Pla-

Das Urteil des Kassationshofs läßt deutlich werden, daß die zwischen Akzessorietät und Sicherungszweck bestehende Problematik nur am Rande berührt worden ist. Zwar zitierte der Kassationshof den damals geltenden, heute Art. 49 des Gesetzes vom 13.7.1967 entsprechenden Art. 524 C. com. und stellte am Schluß seiner Entscheidung fest, daß sie, weil der solidarische Bürge die Erfüllung der Hauptschuld sichere, gar nicht anders hätte lauten können. Doch blieb es bei diesem Hinweis, ohne daß der Kassationshof diesen Gesichtspunkt zum wesentlichen Ausgangspunkt seiner Entscheidung gemacht hätte. Er stützte sich weniger auf den Sicherungszweck der Bürgschaft, um die uneingeschränkte Forthaftung des Bürgen zu begründen, sondern verwies zu diesem Zweck auf die nach seiner Auffassung gemäß Art. 2021 C. civ. vorzunehmende Angleichung der solidarischen Bürgschaft an die Gesamtschuld. Der Kassationshof konnte dann nur noch dem solidarischen Bürgen die Einrede der Stundung verweigern, da unter den Begriff der höchstpersönlichen Einwendung in Art. 1208 2 C. civ., im Gegensatz zu Art. 2036 Abs. 2 C. civ., auch die dem Schuldner bewilligte Stundung fällt [1].

Fortsetzung der Fn. 1) von S. 118:

niol-Ripert XI, Nr. 1539; Juris-Classeur civil, Art. 2021-2027, Nr. 53; Dalloz I, Nr. 237, S. 553; Aubry et Rau VI, § 423, S. 272; ebenso Mazeaud III, Nr. 49 und Ripert-Boulanger II, Nr. 1896, wobei letztere das Urteil aber nur zitieren, ohne ihre Zustimmung offen auszudrücken. Pausier, Nr. 161 versagt dem solidarischen Bürgen ebenfalls die Berufung auf die Stundung, begründet dieses Ergebnis jedoch mit dem Sicherungszweck der Bürgschaft.

a.A. unter Hinweis auf die akzessorische Natur der solidarischen Bürgschaft, Texier, S. 93, 97 und 100; Deveau, S. 78 und Miloae, S. 164.

vgl. weiter die sehr kritische, im Ergebnis ablehnende Anmerkung von Roubier zum Urteil des Kassationshofs in Req. S. 1939,1,161.

1) Mit der vom Kassationshof vorgenommenen Anpassung an die Gesamtschuld entfiel selbstverständlich auch die Frage, ob über eine entsprechende Auslegung des Sicherungszwecks der Bürgschaft nicht das gleiche Ergebnis hätte erreicht werden können.

Der Kassationshof hat umgekehrt nicht geprüft, ob die inzwischen erlassenen Gesetze, insbesondere das vom 12.7.1937, vgl. dazu oben 2. Teil, A IV 1 b cc), das dem solidarischen Bürgen, nicht aber dem Gesamtschuldner das Recht zusprach, sich auf die Stundung zu berufen, nicht seine Entscheidung in einem entgegengesetzten Sinn hätte beeinflussen müssen. So hat er sich darauf beschränkt, im Rahmen einer zweifelhaften Gesetzesauslegung, Art. 2021 C. civ. betreffend, die Vorschriften der Gesamtschuld

C. In der Literatur

I. Die deutsche Literatur

In der deutschen Literatur sind die Meinungen über das Verhältnis von Akzessorietät und Sicherungszweck stark geteilt [1]). Man hat diese Frage damit zu lösen versucht, daß man einmal eine strenge Anwendung der die Abhängigkeit der Bürgschaft betreffenden Gesetzesbestimmungen forderte, Jede Änderung des Bestands der Hauptschuld, gleichgültig, aus welchem Grund sie auch immer erfolgt sei, sollte gemäß § 767 oder § 768 BGB die Verpflichtung des Bürgen verändern [2]). Zweifel über den Umfang des Sicherungszwecks ergeben sich damit nicht. Hebt man dagegen den Sicherungszweck der Bürgschaft als bestimmendes Merkmal hervor, taucht die Schwierigkeit auf, das Ausmaß des vom Bürgen zu tragenden Risikos in verbindlicher Form zu beschreiben. Denn unzweifelhaft besteht kein vom Gesetz anerkannter Grundsatz, daß stets dann, wenn die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens zu einer Einschränkung der Verpflichtung des Hauptschuldners geführt hat, die Bürgschaft davon unberührt bleibt [3]). Mit dem Satz, daß aus dem Sicherungszweck abzuleiten sei, wann der Bürge einzustehen habe und wann nicht [4]), läßt sich daher ebensowenig der Umfang des Sicherungszwecks der Bürgschaft bestimmen.

1. Die Abhängigkeit wird bestätigt.

Verschiedentlich ist die Auffassung vertreten worden, daß die in den §§ 765 ff. BGB festgelegte Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld nicht nur für den Regelfall, sondern überhaupt gelte, sofern der Gesetzgeber nicht ein anderes

---

Fortsetzung der Fn. 1) von S. 119:
anzuwenden. Freilich wäre es dann besser, mit Roubier, Anm. zu Req. S. 1939, 1, 161 den solidarischen Bürgen als Gesamtschuldner und nicht mehr als Bürgen zu bezeichnen.

1) Süß, ZAkDR 1937, 336; vgl. weiter Beitzke, Anm. zu BGH JZ 1960, 89.

2) Beitzke, NJW 1952, 843, nach dem grundsätzlich anzunehmen ist, daß die aus dem Gesetz sich ergebende Entscheidung die richtige und vom Gesetzgeber gewollte sei.

3) Beitzke, NJW 1952, 843; ähnlich Staudinger-Weber, Anm. E 578 zu § 242 BGB.

4) Onursal, S. 79.

bestimmt habe [1]. Der gemeinsame Ausgangspunkt dabei ist, daß der Zweck der Bürgschaft in der Sicherung des Gläubigers liege, dessen Befriedigung der Bürge in Höhe der noch vorhandenen Hauptschuld und nicht schlechthin schulde [2]. Aus dem Zweck der Bürgschaft, für die Erfüllung einer noch bestehenden Verbindlichkeit einzustehen, folge daher, daß die Bürgschaft streng akzessorisch sei und vom Bestand der Hauptforderung gemäß § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB dauernd abhänge [3]. Inhalt und Umfang der Verpflichtung des Bürgen würden daher von der Hauptschuld bestimmt. Der Bürge habe das zu leisten, was der Hauptschuldner leisten müsse, wie aus der Abhängigkeit von der Hauptschuld folge, daß sich jede Veränderung der Hauptverbindlichkeit auf die Bürgschaft auswirke [4]. Dem Bürgen ständen folgerichtig gemäß § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB alle Einreden des Hauptschuldners zu [5].

Für Bönner [6] folgt daraus objektiv, daß der Bürge nur eine Hauptverbindlichkeit zu erfüllen brauche, der weder rechtsverneinende, noch rechtshemmende, noch zu ihrer Aufhebung berechtigende Tatsachen entgegenständen. Die zu sichernde Hauptverbindlichkeit müsse "vollwirksam" sein. Die Bürgschaft gewähre keine weiteren Rechge oder nehme umgekehrt dem Gläubiger keine rechtlichen Risiken ab, sondern wolle nur die tatsächliche Durchsetzbarkeit eines bereits bestehenden, "vollwirksamen" Anspruchs des Gläubigers gegen den Dritten sichern helfen. Der Gläubiger solle lediglich bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, vorausgesetzt, daß die Hauptschuld noch "vollwirksam" bestehe, geschützt werden [7]. Das Wesen der Bürgschaft als Erfüllungssicherungsschuld sei daher in der totalen und fortwährenden, einseitigen Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld zu erblicken [8].

---

1) Insbesondere Bönner, Stüben, Schemmel und Staudinger-Weber in Anm. zu § 242 BGB vertreten diesen Standpunkt.
2) Schemmel, S. 53; Stüben, S. 58; Bönner, S. 2 und 3 und Staudinger-Weber, Anm. G 434 zu § 242 BGB.
3) Bönner, S. 10 und 11; Schemmel, S. 10, 11 und 53; Stüben, S. 55, 63 und 68 und Staudinger-Weber, Anm. E 576 und G 434 zu § 242 BGB.
4) Stüben, S. 46, 47 und 68; Bönner, S. 8 und 9; Schemmel, S. 11 und Staudinger-Weber, Anm. G 434 zu § 242 BGB.
5) Schemmel, S. 46; Stüben, S. 68; Bönner, S. 3 und Staudinger-Weber, Anm. E 576 zu § 242 BGB.
6) Bönner, S. 6.
7) Bönner, S. 7.
8) Bönner, S. 10 und 12.

Da die Bürgschaft nicht anders als dauernd abhängig sein könne, stellten die Vorschriften der §§ 193 Satz 2 KO, 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO, sowie die der §§ 8 Abs. 1 SchuldBerG [1] und 2 Abs. 3 BadeVHVO [2] keine Ausnahmen von der Abhängigkeit der Bürgschaft dar, sondern ließen den Bürgen insoweit zu einem Schuldner eigener Art, der jedoch nicht Garant sei, werden. Seine verselbständigte Verpflichtung verkörpere jetzt eine Art Schadensersatzverbindlichkeit, gerichtet auf Ersatz des Schadens, der dem Gläubiger durch den gesetzgeberischen Eingriff in das Hauptschuldverhältnis entstanden sei [3].

Stüben [4] und Staudinger-Weber [5] fassen den Grundsatz der Abhängigkeit in einem materiell-rechtlichen Sinne auf, der sich nur auf die "reine" oder "haftungslose" Schuld beschränke, für den Bereich der Erzwingbarkeit oder Haftung aber nicht gelte. Die in den §§ 765 ff BGB enthaltene, zu allgemeine Ausdrucksweise müsse aus diesem Grunde dahin modifiziert werden, daß die Bürgschaft nur von der Schuld des Hauptschuldners, nicht aber von seiner Haftung abhänge [6]. Veränderungen des Hauptschuldverhältnisses wirkten daher nur dann zu Gunsten des Bürgen, wenn sie die Hauptschuld berührten, nicht aber, wenn sie sich ausschließlich auf die Haftung oder die Erzwingbarkeit der Leistung des Hauptschuldners bezögen. Der Bürge schulde und hafte solange fort, als die Hauptverbindlichkeit, trotz Veränderung der Haftung des Hauptschuldners, als reine Schuld bestehen bleibe.

Die Folge der auf die Schuld beschränkten Abhängigkeit der Bürgschaft sei, daß bei einer Bürgschaft für eine unvollkommene Verbindlichkeit die Abhängigkeit gewahrt bleibe [7]. Dementsprechend stellten die in den §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO getroffenen Regelungen auch nur eine scheinbare Ausnahme vom Grundsatz der Akzessorietät dar, da in Wirklichkeit die Verpflich-

---

1) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 2 a aa).

2) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 2 a bb).

3) Bönner, S. 60, 61 und 91.
Vertritt man wie Bönner eine totale und ausnahmslose Abhängigkeit, kommt man in der Tat nicht umhin, bei Ausnahmefällen zu Konstruktionen zu greifen und die Bürgschaft als Schadensersatzverbindlichkeit zu deklarieren, um die einzelnen Ausnahmetatbestände erklären zu können. Das Gesetz gibt dafür keinen Anhaltspunkt her, ganz abgesehen von der Frage, ob der Bürge den Schaden, für den er haftbar gemacht wird, auch verschuldet hat oder vertreten muß.

4) Stüben, S. 76 und 77.

5) Staudinger-Weber, Anm. E 576, E 578, E 579 und G 434 zu § 242 BGB.

6) Staudinger-Weber, Anm. E 578 und E 579 zu § 242 BGB.

7) Stüben, S. 64.

tungen des Hauptschuldners als unvollkommene Verbindlichkeit und damit als Schuld fortlebten [1]. Die Sonderbestimmungen der §§ 8 SchuldBerG und 2 Abs. 3 BadeVHVO durchbrächen dagegen als eine von außen an das Schuldverhältnis herangetragene, staatliche Maßnahme das Abhängigkeitsprinzip [2].

Nach Schemmel [3] sind Akzessorietät und Sicherungszweck zwei sich ergänzende Grundsätze und könnten, da unter Bürgschaft immer eine abhängige Sicherung des Gläubigers zu verstehen sei, nicht miteinander konfrontiert werden [4]. Daraus folgert er, daß jede Veränderung, die dem Prinzip der Abhängigkeit widerspreche, von der Sicherungsfunktion der Bürgschaft nicht mehr gedeckt werde [5]. Obwohl er in den §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO zwei echte Ausnahmen von der Abhängigkeit der Bürgschaft sieht, führt er als Begründung nicht den Sicherungszweck der Bürgschaft, sondern die sonst gefährdete Erreichung des Zwangsvergleichs oder gerichtlichen Vergleichs an, da die gesicherten Gläubiger bei Fehlen der beiden Bestimmungen nicht zugestimmt hätten [6].

---

1) Stüben, S. 91, 92, 93 und 94 und Staudinger-Weber, Anm. E 579 zu § 242 BGB.

2) Stüben, S. 94, 95 und 96 und Staudinger-Weber, Anm. E 579 zu § 242 BGB.
Träfe jedoch die von Stüben und Staudinger-Weber vertretene Auffassung von der auf die reine Schuld beschränkten Abhängigkeit zu, dürfte die Bürgschaft nicht nur im Rahmen des § 193 Satz 2 KO unberührt bleiben, sondern müßte konsequenterweise auch dann uneingeschränkt forbestehen, wenn die Hauptforderung nachträglich verjährt oder gemäß § 82 BVFG zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit wird. Sowohl Stüben, S. 59 als auch Staudinger-Weber, Anm. E 577 zu § 242 BGB gestehen dem Bürgen aber das Recht zu, sich auf die Verjährung zu berufen, obwohl auch in diesem Fall eine Schuld übrig bleibt und lediglich die Erzwingbarkeit eingeschränkt wird. Ebenso darf nach Staudinger-Weber, Anm. G 429 zu § 242 BGB der Bürge die gemäß § 82 BVFG eingetretene Veränderung der Hauptschuld geltend machen. (Stüben hat das BVFG nicht behandelt). Im übrigen ist kein Grund ersichtlich, warum sich die Abhängigkeit auf die bloße Schuld beschränken soll, da die Schuld in der Regel die Erzwingbarkeit oder Haftung umfaßt, vgl. Larenz I, § II 3 S. 15. Andererseits hat der Gesetzgeber es in den §§ 765 ff. BGB an jeder Andeutung fehlen lassen, die eine solche Auslegung rechtfertigen könnte.

3) Schemmel, S. 54.

4) Schemmel, S. 120.

5) Schemmel, S. 54.

6) Schemmel, S. 35 und 36.

Gerade weil diese beiden Ausnahmeregelungen nicht zum Schutz der Gläubiger geschaffen worden seien, lasse sich daraus auch kein allgemeiner Rechtsgedanke ableiten [1]. Gefragt werden müsse vielmehr nach dem objektiven Sicherungswert oder objektiven Sicherungsbereich der Bürgschaft [2]. Denn Einstehen heiße, daß der Bürge für die objektive und subjektive Leistungsbereitschaft des Hauptschuldners, für dessen Leistenkönnen und Leistenwollen einzustehen habe. Darauf erstrecke sich der Sicherungszweck der Bürgschaft, der im engen Zusammenhang mit dem Akzessorietätsprinzip gesehen werden müsse und es nicht aufheben könne, da die Bürgschaft zwingend von der Hauptschuld abhängig sei [3].

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sich alle vier Autoren bei dem Bemühen, Akzessorietät und Sicherungszweck voneinander abzugrenzen, darauf beschränken, die Abhängigkeit als strengen und mehr oder weniger ausnahmslosen Grundsatz zu verstehen, der unbedingte Geltung beansprucht. Dem Sicherungszweck, der nicht die akzessorische Natur der Bürgschaft aufheben darf, kommt dabei notwendigerweise nur formale, untergeordnete Bedeutung zu. Allen diesen Auffassungen scheint so der Versuch innezuwohnen, den Regelfall der Abhängigkeit als ein allen anderen Erwägungen vorgehendes Prinzip zu interpretieren. Die vom Gesetzgeber getroffenen Ausnahmeregelungen werden dabei mit Hilfe entsprechender Konstruktionen als nicht gegen die Abhängigkeit verstoßend erklärt. Doch hätte man, um zu diesem Resultat zu kommen, sich auf die Zitierung des Gesetzwortlauts beschränken können. Statt dessen hat man die Abhängigkeit der Bürgschaft gleichsam zu einem Dogma erhoben, ohne ihrem Sicherungszweck mehr als rhetorische Bedeutung zu schenken.

2. Die Abhängigkeit wird eingeschränkt.

Die durch die politischen und wirtschaftlichen Krisen bedingten gesetzlichen und richterlichen Eingriffe in die Schuldverhältnisse haben zu neuen Erwägungen über Inhalt und Umfang des Sicherungszwecks der Bürgschaft geführt. Man hat versucht, unter Berufung auf den wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft,

---

1) Schemmel, S. 38 und 39.

2) Schemmel, S. 120, 121 und 122.

3) Schemmel erkennt zwar die §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO als Ausnahmen von der Abhängigkeit an. Doch vermag das von ihm eingeführte Kriterium des objektiven Sicherungswerts nicht den Umfang des Risikobereichs der Bürgschaft zu bestimmen. Da der objektive Sicherungswert nicht gegen die akzessorische Natur der Bürgschaft verstoßen dar, bestätigt er nur die Abhängigkeitsregel, so daß ein Sinn in dieser Begriffsschöpfung eigentlich nicht zu sehen ist.

Kriterien aufzustellen, nach denen die Abhängigkeit der Bürgschaft unberücksichtigt bleiben durfte [1]. Dabei ging man davon aus, daß sich Akzessorietät und Sicherungszweck nicht einander widersprächen, sondern in Wahrheit miteinander harmonisierten. Eine Gegenüberstellung beider sei schon deshalb abzulehnen, weil die Abhängigkeit als rechtliche Eigenschaft eines Rechtsinstituts nicht mit dessen Zweck auf eine Stufe gestellt werden könne [2]. Die Abhängigkeit dürfe nicht über den Zweck der Bürgschaft dominieren, sondern sei, als dessen rechtliche Folge, aus ihm abzuleiten [3]. Die Funktion der Abhängigkeit, die nicht um ihrer selbst willen existiere, bestehe darin, den Sicherungszweck zu erreichen und nicht ihn zu vereiteln. Das Akzessorietätsprinzip dürfe daher nicht dazu führen, den Sicherungszweck der Bürgschaft durch eine formal strenge Anwendung in sinnwidriger Weise zu entwerten [4]. Finde aber die Abhängigkeit der Bürgschaft in deren Sicherungsfunktion ihren rechtspolitischen Grund, so ergäben sich daraus auch ihre Grenzen. Die Akzessorietät werde, mit anderen Worten, durch den Sicherungszweck der Bürgschaft limitiert [5]. Die Meinungen über den Umfang des Risikobereichs der Bürgschaft gehen im einzelnen jedoch auseinander.

Ein Teil der Literatur [6] möchte dem Bürgen unter Berufung auf den Sicherungszweck alle Einreden des Hauptschuldners versagen, sofern ihre Geltendmachung dem Zweck der Bürgschaft und den Abreden der Parteien widerspräche [7] oder

---

1) Schon Westerkamp, S. 131 hat den Sicherungszweck als das oberste Prinzip der Bürgschaft bezeichnet. Nach Rieck, S. 114 ist der Sicherungszweck der Abhängigkeit überzuordnen.

2) Bettermann, NJW 1953,1817; ähnlich Staudinger-Brändl, Rziff. 11 zu § 768 BGB.

3) Bettermann, NJW 1953,1817.
Nach Jauernig, NJW 1953,1207 kommt der Abhängigkeit gegenüber dem Sicherungszweck keine wirklich selbständige Bedeutung zu.

4) Solheid, S. 105 und Staudinger-Brändl, Rziff. 11 zu § 768 BGB.

5) Bettermann, NJW 1953,1818 und Larenz II, § 58 I, S. 322; ähnlich Staudinger-Brändl, Rziff. 11 zu § 768 BGB.

6) Enneccerus-Lehmann, S. 193 III c und Staudinger-Brändl, Rziff. 11 am Ende zu § 768 BGB.

7) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. fügen aber noch hinzu, daß diese Beschränkung nicht dazu führen dürfe, sich über das Erfordernis des Bestands der Hauptschuld hinwegzusetzen.
Dieser Hinweis ist indessen geeignet, den Sicherungszweck wieder erheblich einzuschränken. Wird die Hauptschuld infolge der Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners herabgesetzt, müßte insoweit auch die Verpflichtung des Bürgen untergehen.

Einreden beträfe [1], die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners haben [2].

Esser [3] verwehrt dem Bürgen alle Einreden, die dem Hauptschuldner auf Grund seiner persönlichen, wirtschaftlichen Verhältnisse oder seines sozialen Schutzes wegen, um ihn wieder zu sanieren, zugebilligt worden sind. Der Sinn der Bürgschaft liege gerade darin, für die Sicherheit des Anspruchs einzutreten. In der Struktur der Hauptschuld nicht angelegte, "grundstürzende Veränderungen" wie Vertragshilfe oder Wegfall der Geschäftsgrundlage wirkten umgekehrt auch auf den Bestand der Bürgschaft ein, da sie nicht dem typischen, vom Bürgen übernommenen Risiko entsprächen [4].

Larenz [5] hingegen unterscheidet zwischen Verpflichtungen, bei denen die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten wie bei der gesetzlichen Unterhaltsverpflich-

---

1) Dernburg, § 287 III; Gierke, S. 206, Fußnote 61 und Staudinger-Brändl, Rziff. 11 am Anfang zu § 768 BGB. Ähnlich Weber, DRZ 1949,147; Reinicke, MDR 1952,709; Schmitz-Morkramer, ZGKW 1952,470; Duden-Rowedder, Anm. 18 zu Allg., S. 34; Saage, BVFG, Anm. II 3 c zu § 82 BVFG; Baur, JZ 1953,31 und Sittler, S. 6, die sich aber, in Verbindung mit einem Einzelfall, auf die Feststellung beschränken, daß bei Vermögensverfall des Hauptschuldners der Sicherungszweck der Abhängigkeit vorgehe.

2) Nach Staudinger-Brändl, Rziff. 11 zu § 768 BGB kann der Abhängigkeitsgrundsatz nicht mehr in dem Maße aufrechterhalten werden, wie er den Verfassern des BGB vorgeschwebt habe. Doch darf sich nach Staudinger-Brändl der Bürge trotzdem auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage, vgl. Rziff. 3 zu § 768 BGB, auf die Vertragshilfe, vgl. Vbem. 49 zu § 765 BGB und auf § 82 BVFG, vgl. Vbem. 50 zu § 765 BGB berufen.
Gegen Dernburg will Crome, § 296, Fußnote 26 ausschließlich auf den Vertragswillen der Parteien abstellen, ähnlich Enneccerus-Lehmann, § 192 III c, während nach Beitzke, NJW 1952,843 ein solcher Satz dem geltenden Recht fremd ist.
Daneben bleibt zu berücksichtigen, daß die Leistungsunfähigkeit auch auf der Enteignung des Hauptschuldners beruhen kann. Das Einstehen für eine solche Vermögensunzulänglichkeit rückte die Bürgschaft in die Nähe des Garantievertrags.

3) In Band II, § 87 III 2.

4) Doch ist die Herabsetzung der Hauptschuld im Wege der Vertragshilfe oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gerade im Hinblick auf die persönlichen Verhältnisse des Hauptschuldners erfolgt.

5) In Band II, § 58 I, S. 323.

tung von vornherein die Grenze der Verpflichtung des Hauptschuldners bildet. Die Bürgschaft für eine in dieser Weise begrenzte Schuld bleibe akzessorisch. Werde dagegen, wie bei der Vertragshilfe oder im Rahmen des § 242 BGB, die Hauptschuld mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse gemildert, fordere der Sicherungszweck der Bürgschaft, daß sich der Bürge hierauf nicht berufen dürfe [1].

Ähnlich stellen BGB-RGRK-Fischer [2] fest, daß der akzessorische Charakter der Bürgschaft hinter den Sicherungszweck zurücktreten müsse, wenn der Bestand der Hauptschuld deshalb beeinträchtigt werde, weil der Eingriff aus allgemeinen Erwägungen nach Treu und Glauben zur Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Hauptschuldners gerechtfertigt werde. Sei die Beeinträchtigung im Hinblick auf die besonderen, persönlichen Umstände des Hauptschuldners geschehen, gebiete der Sicherungszweck, die Verpflichtung des Bürgen grundsätzlich aufrechtzuerhalten [3]. Beruhe dagegen der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis auf allgemeinen, insbesondere wirtschaftspolitischen Gründen, müsse davon auch die Verpflichtung des Bürgen berührt werden.

Coing [4], der als erster eine genauere Abgrenzung von Akzessorietät und Sicherungszweck zu geben versucht hat, stellt einleitend fest, daß der Bürge grundsätzlich abhängiger Schuldner sei, da er für die Erfüllung einer fremden Schuld einstehe. Der Gesetzgeber habe aber die Abhängigkeit, wie ein Blick auf die §§ 193 Satz 2 KO, 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO, 8 Abs. 1 SchuldBerG [5] und 2 Abs. 3 BadeVHVO [6] zeige, nicht unabdingbar durchgeführt. Der Eingriff in die Hauptschuld sei mit Rücksicht auf die schlechte wirtschaftliche Lage des Hauptschuldners erfolgt. Doch gerade für diese Fälle einer späteren Verschlechterung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners werde die Bürgschaft abgeschlossen. Sinnwidrig wäre es daher, die Eingriffe, die wegen der persönlichen Notlage des Hauptschuldners vorgenommen worden seien, auf die Verpflichtung des Bürgen zu erstrecken.

---

1) Ebensowenig dürfe der Bürge die Einrede des Notbedarfs des verarmten Schenkers geltend machen, Larenz II, § 58 I, S. 323, zustimmend Esser II, § 87 III 2.

2) In Anm. 12 zu § 767 BGB.

3) So dürfe der Bürge weder die Bedürftigkeitseinrede des verarmten Schenkers und den Wegfall der Geschäftsgrundlage, BGB-RGRK-Fischer, Anm. 14 zu § 767 BGB, noch die Vertragshilfe und § 82 BVFG dem Gläubiger gegenüber einwenden, BGB-RGRK-Fischer, Anm. 15 zu § 767 BGB.

4) In NJW 1951, 384.

5) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 2 a aa).

6) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 2 a bb).

Der Gesetzgeber habe andererseits mit § 35 SchuldRegelG [1] und der auf Grund der VHV erlassenen AVO [2] Vorschriften geschaffen, die die Abhängigkeit der Bürgschaft bestätigten. Das Motiv dafür sei in der allgemeinen Notlage, die damals in der Landwirtschaft und nach Kriegsausbruch geherrscht habe, zu suchen. Beim Schuldenregelungsgesetz und der AVO habe es sich nicht nur um Schutzmaßnahmen zu Gunsten der in Not geratenen Schuldner, sondern um einen Eingriff in die Gläubigerrechte mit der Absicht gehandelt, einen allgemeinen Notstand zu heben. Der daraus erwachsene Schaden sei zwischen Gläubiger und Schuldner verteilt worden, wobei es ebenfalls sinnwidrig gewesen wäre, den Bürgen von dieser Regelung auszunehmen und ihn allein die volle Last der wirtschaftlichen Krisensituation tragen zu lassen [3].

Aus der Gegenüberstellung der vom Gesetzgeber getroffenen unterschiedlichen Regelungen, aber auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, leitet Coing für die Frage, wann gesetzliche Eingriffe in die Hauptschuld die Verpflichtung des Bürgen berührten, folgende Grundsätze ab:

Eingriffe in die Hauptforderung, die überwiegend mit Rücksicht auf die individuelle Notlage des Schuldners und insbesondere zur Erhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz vorgenommen würden, stellten den Bürgen im Zweifel nicht frei. Hier müsse die Akzessorietät dem wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft weichen [4]. Eingriffe jedoch, die überwiegend mit Rücksicht auf einen allgemeinen Notstand (Wirtschaftskrise, Kriegsverhältnisse) erfolgten und im Sinne einer Schadensverteilung die Gläubigerrechte beschränkten, sollten im Zweifel

---

1) vgl. dazu oben, 2. Teil A IV 1 a aa).

2) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 1 a bb).

3) Dem Schuldenbereinigungsgesetz liegt aber eine ähnliche Notlage wie dem Schuldenregelungsgesetz zugrunde, vgl. dazu Schütz, ZAkDR 1938, 156 und Breithaupt, JW 1938,1441. Es ist daher sehr fraglich, ob § 35 SchuldRegelG als rechtfertigendes Beispiel für die Aufrechterhaltung der Abhängigkeit der Bürgschaft herangezogen werden kann. Nach BGB-RGRK-Fischer, Anm. 13 zu § 767 BGB handelt es sich beim Schuldenregelungsgesetz um ein den besonderen landwirtschaftlichen Bedingungen angepaßtes Vergleichsverfahren.

4) Zustimmend Soergel-Schmidt, Anm. 6 zu § 767 BGB.
Nach Coing gilt dies vor allem dann, wenn die Hauptschuld im Wege des Wegfalls der Geschäftsgrundlage herabgesetzt worden sei, ebenso Soergel-Schmidt, Anm. 7 zu § 767 BGB, die diese Formel auch im Hinblick auf die dem Hauptschuldner gewährte Vertragshilfe und im Rahmen des § 82 BVFG anwenden möchten, vgl. Anm. 8 zu § 767 BGB.

auch dem Bürgen zugutekommen. Hier bleibe die Akzessorietät gewahrt [1].

Jauernig [2], der an die Betrachtungen Coings anknüpft, möchte das Verhältnis von allgemeiner und individueller Notlage modifizieren. Er mißt der Abhängigkeit der Bürgschaft keine entscheidende Bedeutung bei, lehnt hingegen eine analoge Anwendung der §§ 193 Satz 2 KO und 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO im Zusammenhang mit der Vertragshilfe und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ab, da sie im Gegensatz zur KO und VerglO nicht auf die Zurechenbarkeit der Notlage abstellten.

Gegen Coing macht er geltend, daß der Gesetzgeber in Bestimmungen, die im Hinblick auf eine allgemeine Notlage erlassen worden seien, den Eingriff in die Gläubigerrechte vom Vorhandensein einer individuellen, dem Schuldner nicht zurechenbaren Notlage abhängig gemacht habe. Als Beispiel führt er die bereits von Coing zitierten §§ 8 SchuldBerG und 2 Abs. 3 BadeVHVO an. Individuelle und allgemeine Notlage seien insoweit einer gewissen Wechselwirkung ausgesetzt. Ein Eingriff in das Schuldverhältnis könne nicht schon deshalb als allgemein gelten, weil das Gesetz, auf dem er beruhe, im Hinblick auf eine allgemeine Notlage geschaffen worden sei. Ein solcher Eingriff verliere seinen allgemeinen Charakter, wenn seine tatsächliche Vornahme von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Hauptschuldners abhängig gemacht werde, auch wenn sich das Gesetz selbst, wie das Vertragshilfegesetz [3], auf eine ganze Schuldnergruppe beziehe.

---

1) Zustimmend Soergel-Schmidt, Anm. 6 zu § 767 BGB.
Coing, der seine Überlegungen im Zusammenhang mit § 21 Abs. 4 UG anstellt, kommt daher zu dem Schluß, daß der Bürge das daraus resultierende Leistungsverweigerungsrecht des Hauptschuldners nicht geltend machen dürfe, da es einer allgemeinen Notlage entspringe, ebenso Veith, MDR 1951, 260 und Jauernig, NJW 1953, 1209;
a.A. Bettermann, NJW 1953, 1818 und Schmitz-Morkramer, ZKW 1950, 517.
Nach Coings Definition wird aber dem Bürgen die Berufung auf die dem Hauptschuldner gewährte Vertragshilfe wohl versagt werden müssen, da die Vertragshilfe mehr oder weniger eine Folge der Kriegsereignisse ist. Gerade sie stellt jedoch auf die individuelle Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners ab, wobei sie ihm helfen will, seine wirtschaftliche Existenz aufrechtzuerhalten, ebenso Jauernig, NJW 1953, 1207. Die bloße Einteilung in allgemeine und individuelle Notlage scheint deshalb noch nicht geeignet zu sein, den Umfang des Sicherungszwecks der Bürgschaft zufriedenstellend zu bestimmen.

2) In NJW 1953, 1207.

3) vgl. dazu oben 2. Teil, B I 3.

Demgegenüber gebe es allgemeine, gesetzliche Eingriffe, die nicht auf die Leistungsfähigkeit abzielten, sondern sich auf alle Schuldverhältnisse auswirkten, gleichgültig, ob sich der jeweilige Schuldner in einer individuellen, ihm nicht zurechenbaren Notlage befunden habe oder nicht. Jauernig weist in diesem Zusammenhang auf die §§ 21 Abs. 4 UG und 35 SchildRegelG [1] hin, da in diesen Gesetzen lediglich auf die Verschuldung abgestellt worden sei. Ein so gearteter, allgemeiner Eingriff müsse sich auf die Verpflichtung des Bürgen auswirken [2].

Jauernig folgert daraus, daß allein in dem Fall der Eingriff in die Hauptforderung überwiegend mit Rücksicht auf einen allgemeinen Notstand erfolge, wenn hierfür das Vorliegen eines individuellen, dem Schuldner nicht zurechenbaren Notstands unerheblich sei. Andernfalls erfolge der Eingriff in die Hauptforderung überwiegend mit Rücksicht auf die individuelle, nicht zurechenbare Notlage des Schuldners. Die Akzessorietät müsse dann dem wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft weichen. Der Bürge könne sich daher auf die dem Hauptschuldner im Wege der Vertragshilfe oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gewährten Erleichterungen nicht berufen [3].

Nach Bettermann [4] hingegen kommt es nicht darauf an, ob der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis einer allgemeinen oder individuellen Notlage entspringt. Da der Sicherungszweck die Akzessorietät begrenze, die Akzessorietät ihre Eigenschaft aber aus der Sicherungsfunktion der Bürgschaft ableite, sei allein wesentlich, ob der Eingriff noch in den von der Bürgschaft gedeckten Risikobereich falle. Man könne nicht von vornherein behaupten, daß unter das von der Bürgschaft gesicherte Risiko nicht auch Eingriffe fielen, die das Ergebnis einer allge-

---

1) Doch wird gerade im Rahmen des § 35 SchuldRegelG, der sich in dem mit "Zwangsvergleich" überschriebenen Abschnitt befindet, auf die persönlichen Verhältnisse abgestellt, vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 1 aa).

2) Dagegen kann es nach Jauernig im Hinblick auf die AVO, vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 1 a bb), hingestellt bleiben, ob eine solche Regelung notwendig gewesen wäre. Jedenfalls spiele diese Sonderbestimmung keine besondere Bedeutung.

3) Der Begriff der allgemeinen Notlage muß in der Tat genauer bestimmt werden, da die auf die Wirtschaftskrisen hin erlassenen Gesetze und Verordnungen meist eine ganze Kategorie von Schuldnern betreffen, den Eingriff aber von der Leistungsfähigkeit des Schuldners abhängig machen. Man wird daher jeweils festzustellen haben, ob der Eingriff wirklich allgemein ist, ohne auf die persönliche Situation des Schuldners abzustellen. Ein solcher Eingriff sollte auch dem Bürgen zugutekommen.

4) In NJW 1953,1817.

meinen Notlage seien, ohne dabei auf die individuellen Verhältnisse des Hauptschuldners Rücksicht zu nehmen. Die Vermutung spreche auf Grund des der Bürgschaft wesentlichen Sicherungszwecks eher für das Gegenteil.

So werde der Bürge von denjenigen rechtlichen Minderungen der Hauptschuld, gegen deren Eintritt die Bürgschaft den Gläubiger nach Inhalt, Sinn und Zweck des Bürgschaftsvertrags sicherstellen solle, nicht entlastet. Welche Risiken die Bürgschaft zu decken habe, entscheide zuerst der tatsächliche oder mutmaßliche Parteiwille. Lasse sich aus dem Parteiwillen keine Antwort entnehmen, sei der mutmaßliche Wille des Gesetzgebers zu erforschen. Erst dann sei zu fragen, ob gegen einen Eingriff der vorliegenden Art die Bürgschaft abstrakt und generell den Gläubiger noch sichern solle, dürfe und müsse. Die Sicherungsfunktion habe sich jedenfalls dann zu bewähren, wenn die Hauptschuld erloschen sei, weil der Staat, aus welchen Gründen auch immer, den Hauptschuldner liquidiert habe [1].

II. Die französische Literatur

Die Literatur hat, wie die Rechtsprechung, die Abgrenzung von Akzessorietät und Sicherungszweck mehr am Rande und stets in Verbindung mit einem konkreten Sachverhalt behandelt. Häufig hat sie sich im Rahmen eines von der Rechtsprechung entschiedenen Falls darauf beschränkt, die Abhängigkeit der Bürgschaft zu unterstreichen [2] oder, lag eine solidarische Bürgschaft vor, die Bestimmungen der Gesamtschuld anzuwenden [3].

Die fast durchweg auf die solidarische Bürgschaft im Zusammenhang mit dem délai de grâce bezogene Auseinandersetzung beschäftigt sich zuerst mit der Fra-

1) Ähnlich Süß, ZAkDR 1937, 338, da die Schuld auf den liquidierenden Staat übergegangen sei.
a.A. Onursal, S. 80, soweit der Untergang auf einen staatlichen Eingriff zurückzuführen sei und nicht auf Vermögensverfall beruhe, ebenso Sittler, S. 64. Nach Beitzke, NJW 1952, 844 führt wegen dem Abhängigkeitsgrundsatz jeder Untergang des Hauptschuldners zum Erlöschen der Hauptschuld und der Bürgschaft, da man sonst von einem Garantievertrag sprechen müsse. Die von Bettermann verstandene Sicherungsfunktion läuft in der Tat darauf hinaus, die Grenze zum Garantievertrag aufzuheben.

2) Texier, S. 97.

3) Sigalas, Nr. 71.

ge, ob die vom Richter bewilligte Stundung unter die der Hauptschuld innewohnenden oder unter die höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners fällt. Dann wird geprüft, ob das Einrederecht des solidarischen Bürgen nach den Vorschriften der Bürgschaft oder nach denen der Gesamtschuld zu beurteilen ist [1].

1. Die Abhängigkeit wird bestätigt.

Eine Minderheit in der Literatur [2] räumt der Abhängigkeit der Bürgschaft, der gesetzlichen Regelung der Art. 2011 ff. C. civ. folgend, Vorrang ein. Dies gelte einmal für den einfachen Bürgen, der alle Einwendungen, die der Hauptschuld innewohnten, gemäß Art. 2036 Abs. 1 C. civ. vorbringen dürfe. Da unter die höchstpersönlichen Einwendungen des Art. 2036 Abs. 2 C. civ. nur die Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners falle, sei der einfache Bürge berechtigt, die dem Hauptschuldner aus persönlichen Gründen gewährte Stundung geltend zu machen. Der einfache Bürge sei, eine Folge der akzessorischen Natur seiner Verpflichtung, dem Hauptschuldner gleichzustellen [3].

Doch dürfe auch der solidarische Bürge dem Gläubiger die vom Richter eingeräumte Stundung entgegenhalten [4]. Da die solidarische Bürgschaft ihren akzessorischen Charakter bewahre, bestimme sich der Umfang des Einwendungsrechts des solidarischen Bürgen ebenfalls nach Art. 2036 C. civ. Versagte man ihm, die Stundung einzuwenden, laste man ihm eine schwerere Verpflichtung als dem Hauptschuldner auf. Der Bürge, auch der solidarische Bürge, dürfe aber nicht zu mehr als der Hauptschuldner verpflichtet werden. Als weiterer Grund wird das Rückgriffsrecht des solidarischen Bürgen angeführt, da sein Regreß gegen den Hauptschuldner die durch die Stundung erzeugte Rechtswohltat wieder vereiteln könnte [5].

---

1) Obwohl die Auseinandersetzung nur die solidarische Bürgschaft betrifft, hätte auch die einfache Bürgschaft mit einbezogen werden müssen, da sie ebenso die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten sichert. Im Rahmen des Art. 2036 C. civ. wäre zu fragen gewesen, ob die Berufung des einfachen, wie aber auch des solidarischen Bürgen auf den délai de grâce nicht dem Sicherungszweck der Bürgschaft widerspricht, ohne lediglich auf die traditionelle Auslegung der Art. 2036 Abs. 2 oder 1208 Abs. 2 C. civ. zu verweisen.

2) Texier, S. 96 ff.; Deveau, S. 74 ff. und Miloae, S. 164.

3) Texier, S. 96 und Deveau, S. 74.

4) Texier, S. 97; Deveau, S. 78 und Miloae, S. 164.

5) Deveau, S. 78; Miloae, S. 164 und Texier, S. 97 und 100.
Die Frage, ob nicht der Sicherungszweck der Bürgschaft andere Erwägun-

2. Die Abhängigkeit wird eingeschränkt.

Die Literatur, soweit sie von der Abhängigkeit auch der solidarischen Bürgschaft ausgeht [1], vertritt im Anschluß an die Entscheidung des Kassationshofs [2] die Auffassung, daß die vom Richter bewilligte Stundung als eine dem Hauptschuldner höchstpersönlich eingeräumte Vergünstigung anzusehen sei. Der solidarische Bürge dürfe sich daher auf die höchstpersönliche Einwendung nicht berufen. Die Begründung dafür liegt aber nicht in einer Hervorhebung des Sicherungszwecks der Bürgschaft, sondern erschöpft sich in einer kritiklosen Übernahme der Rechtsprechung, was darauf schließen läßt, daß man den solidarischen Bürgen insoweit dem Gesamtschuldner angleicht. Der einfache Bürge darf hingegen die Stundung dem Gläubiger entgegenhalten [3].

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 132:

gen erfordere, wird nicht gestellt. Man beschränkt sich darauf, die im Gesetz fixierte Abhängigkeit der Bürgschaft zu betonen, die keine andere Lösung zulasse. Zwar wird der akzessorische Charakter auch der solidarischen Bürgschaft hervorgehoben, doch hätte das nicht die weitere Überlegung zu verhindern brauchen, ob der wirtschaftliche Zweck der Bürgschaft nicht trotzdem zu einer entgegengesetzten Entscheidung führen müßte. Sie wäre umsomehr zu rechtfertigen gewesen, als der délai de grâce wegen den persönlichen Verhältnissen des Hauptschuldners bewilligt wird. Über eine am Buchstaben des Gesetzes haftende Auslegung scheint man aber nicht hinausgekommen zu sein.

1) Planiol-Ripert XI, Nr. 1539; Dalloz I, Nr. 237 S. 593; Juris-Classeur civil, Art. 2021-2027, Nr. 53; Aubry et Rau VI, § 432, S. 272 und Mazeaud III, Nr. 49.

2) Req. S. 1939,1,161, vgl. dazu oben 2. Teil, B II 2, Ripert-Boulanger II, Nr. 1896 zitierten lediglich das Urteil des Kassationshofs, ohne ihm ausdrücklich zuzustimmen.

3) Mazeaud III, Nr. 49 und Juris-Classeur civil, Art. 1235-1248, fasc. V, Nr. 63.
Die zwischen dem einfachen und solidarischen Bürgen getroffene Unterscheidung macht deutlich, daß lediglich ein Ergebnis der Rechtsprechung übernommen, im übrigen aber der traditionellen Auslegung des Art. 2036 Abs. 2 C. civ. gefolgt wurde. Der délai de grâce ist nicht weniger persönlich, wenn die Erfüllung der Hauptschuld von einer einfachen Bürgschaft gesichert wird. Durch die formale Anwendung des Gesetzes ist man natürlich der Frage enthoben, ob der Sicherungszweck der Abhängigkeit unter bestimmten Voraussetzungen vorgehen kann.

Ein kleiner Teil der Literatur [1] scheint allerdings der Auffassung zu sein, daß dann, wenn wie im Rahmen des Art. 524 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967) auf die persönliche Situation des Hauptschuldners abgestellt und die Verpflichtung des einfachen wie des solidarischen Bürgen aufrechterhalten wird, eine andere Entscheidung Platz greifen könne. Da die Herabsetzung der Hauptforderung auf Grund der persönlichen Verhältnisse des Hauptschuldners erfolgt sei, dürfe sich der Bürge auf solche, den Bestand der Hauptschuld verändernden Eingriffe nicht berufen [2]. Einschränkend ist aber hinzuzufügen, daß diese Erwägungen, die Forthaftung des Bürgen betreffend, meist im Zusammenhang mit dem damals geltenden Art. 524 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967) angestellt worden sind [3]. Einer allgemeinen Anwendung des Satzes, daß der Sicherungszweck gegen alle Eingriffe in das Hauptschuldverhältnis zu schützen habe, die aus der persönlichen Notlage des Hauptschuldners resultieren, sind daher Grenzen gesetzt.

Als einziger hat sich Roubier [4] kritischer mit dem Verhältnis von Akzessorietät und Sicherungszweck auseinandergesetzt. In seinen Ausführungen hält er einleitend dem Kassationshof entgegen, daß die im Gesetz vom 12.1.1921 [5] erwähnte Stundung keinen délai de grâce darstelle, da seine Einräumung durch den Richter bereits in Art. 1244 C. civ. geregelt sei. Da in dem Gesetz jeglicher Bezug auf Art. 1244 C. civ. fehle, es gleichzeitig auf die von der sowjetischen Regierung enteigneten Schuldner in ihrer Gesamtheit abstelle, handle es sich hier um ein Moratorium.

Roubier richtet aber im folgenden sein Hauptaugenmerk auf den Begriff der Einwendung, wie er in Art. 1208 und Art. 2036 C. civ. verwandt wird. Er weist darauf hin, daß von der älteren Literatur zu der Frage, welche Einwendungen unter die der Schuld innewohnenden Einwendungen und unter die höchstpersön-

---

1) Pausier, Nr. 161; Duranton, Nr. 380 und L. Mazeaud, Nr. 648.

2) So, unter Hinweis auf die einer persönlichen Situation entspringenden höchstpersönlichen Einwendungen, Duranton, Nr. 380 und L. Mazeaud, Nr. 848; ähnlich Wattiez, S. 138, doch beschränkt er sich mehr auf den damals geltenden Art. 524 C. com. (jetzt Art. 49 Gesetz von 1967).

3) Lediglich Pausier, Nr. 161 äußert die Ansicht, daß die Verpflichtung des Bürgen in solchen Notfällen wegen des ihr innewohnenden Sicherungszwecks fortbestehen müsse. Gerade hier habe sich der Zweck der Bürgschaft zu erfüllen. Dabei mache es keinen Unterschied, ob der Bürge einfacher oder solidarischer Natur sei.

4) In Anm. zum Urteil des Kassationshofs, Req. S. 1939,1,161.

5) vgl. dazu oben, 2. Teil, B II 2.

lichen Einwendungen fielen, keine Antwort zu erwarten sei. Die damalige stabile Ordnung habe zu keiner Überlegung geführt, ob sich etwa neben der Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners noch andere höchstpersönliche Einwendungen vorstellen ließen. Kein klassischer Autor habe sich auch je, im Zusammenhang mit Art. 2036 C. civ., zu dem vom Kassationshof entschiedenen Problem geäußert, wie eine Einwendung zu klassifizieren sei, die nicht den allgemeinen, bekannten Umständen entspringe, sondern ihren Grund in der öffentlichen Gewalt habe. Der Gerichtshof sei einer Entscheidung ebenso ausgewichen, obwohl die Erschütterungen der jüngsten Vergangenheit eine neue Betrachtungsweise von Moratorium und délai de grâce verlangt hätten.

Zweifellos bleibe der Bürge verpflichtet, wenn der Hauptschuldner in Schwierigkeiten komme und gemäß Art. 2024 C. civ. die Bewilligung einer Stundung beantrage. Solche Maßnahmen, auf der persönlichen Situation des Hauptschuldners beruhend, dürften in der Tat die Verpflichtung des Bürgen nicht berühren.

Habe aber die öffentliche Gewalt, der Gesetzgeber, verursacht, daß der Hauptschuldner nicht mehr zu leisten brauche, stelle sich die Frage, ob auch unter diesen Umständen der Bürge noch verpflichtet bleiben könne. Roubier verneint im folgenden diese Frage, da der Hauptschuldner von der Enteignung überrascht worden sei. Lasse man den Bürgen weiterhaften, wandle man ihn zu einem Garanten der sowjetischen Regierung um. Ein solches Risiko werde vom Bürgen aber nicht mehr gedeckt. Daraus folge, daß die aus einem Moratorium resultierende Einwendung der Hauptschuld innewohne und vom Bürgen geltend gemacht werden dürfe.

Schließlich sei zu berücksichtigen, daß die solidarische Bürgschaft eine Bürgschaft, also eine akzessorische Verpflichtung bleibe. Der Gesetzgeber selbst habe diese Auffassung im Gesetz vom 12. 7. 1937 [1]) vertreten und zwischen dem solidarischen Bürgen und dem Gesamtschuldner scharf getrennt. Gleiche man daher den solidarischen Bürgen dem Gesamtschuldner an, wäre es besser, ihn nicht mehr Bürge zu nennen.

Die Ausführungen Roubiers sind in doppelter Hinsicht bemerkenswert. Zunächst stößt man, neben der Hervorhebung der akzessorischen Natur auch der solidarischen Bürgschaft, in der er das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zur Gesamtschuld sieht, zum ersten Mal auf den Satz, daß die Art. 1208 und 2036 C. civ. infolge der inzwischen eingetretenen politischen und wirtschaftlichen Ereignisse einer neuen Auslegung bedürften. In dieser Feststellung ist der stillschweigende Vorwurf an die Rechtsprechung enthalten, dieser Entwicklung

1) vgl. dazu oben, 2. Teil, A IV 1 b cc).

nicht Rechnung getragen zu haben. Seine Überlegungen laufen darauf hinaus, Art. 1208 C. civ., vor allem aber Art. 2036 C. civ. eine den zeitlichen Umständen angepaßte Interpretation zu geben.

Andererseits zeigt die Charakterisierung des gesetzlichen Eingriffs als Akt der öffentlichen Gewalt, daß Roubier neue Wege beschreiten und zu einer anderen Abgrenzung zwischen den der Hauptschuld innewohnenden und den höchstpersönlichen Einwendungen des Hauptschuldners kommen möchte. In der Tätigkeit der öffentlichen Gewalt sieht er den eigentlichen Grund, weshalb sich das Moratorium auf die Verpflichtung des Bürgen auswirken müsse. Ergänzend stellt er aber weiter fest, wodurch er die von ihm geforderte neue Auslegung des Art. 2036 C. civ. nur unterstreicht, daß der dem einzelnen Schuldner auf Grund seiner persönlichen Verhältnisse gewährte délai de grâce eine höchstpersönliche Maßnahme darstelle, auf die sich der Bürge, und zwar gemäß Art. 2036 Abs. 2 C. civ., nicht berufen dürfe. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zum Urteil des Kassationshofs, der dem solidarischen Bürgen die Einwendung des délai de grâce über Art. 1208 Abs. 2 C. civ. versagt [1].

1) Aus der Anmerkung Roubiers wird man folgern dürfen, daß Eingriffe in die Hauptschuld, die auf der öffentlichen Gewalt beruhen und einen ganzen Personenkreis treffen, nicht mehr vom Risikobereich der Bürgschaft gedeckt werden. Eingriffe dagegen, die dem Hauptschuldner wegen seiner persönlichen Notlage gewährt werden, also höchstpersönlicher Natur sind, berühren die Verpflichtung des Bürgen nicht.
Roubier hat eine solche Formel nicht aufgestellt. Er hat sich darauf beschränkt, den Vorrang der Akzessorietät der Bürgschaft zu betonen, falls dem Hauptschuldner im Wege des Moratoriums eine Stundung bewilligt worden ist. Seine Einteilung in persönliche Verhältnisse und öffentliche Gewalt erlaubt aber, diesen Schluß zu ziehen.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Der Vergleich des deutschen mit dem französischen Rechtskreis zeigt, daß die Frage, nach welchen Kriterien das Verhältnis von Akzessorietät und Sicherungszweck zu beurteilen ist, in den beiden Rechtsordnungen verschieden beantwortet worden ist. Zwar gehen die das Institut der Bürgschaft regelnden Vorschriften des BGB und des Code civil gemeinsam davon aus, daß die Bürgschaft, auch die insoweit umstrittene solidarische Bürgschaft, in der Regel von der Hauptschuld dauernd abhängig ist und zum Zweck hat, deren Erfüllung zu sichern.

Das französische Recht hat dabei, läßt man Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 einmal unberücksichtigt, diese Regel zum ausnahmslosen Prinzip erhoben. Insbesondere hat gerade der Gesetzgeber in den anläßlich des Ersten und Zweiten Weltkriegs erlassenen Sondergesetzen und Verordnungen die Abhängigkeit der Bürgschaft ausdrücklich bestätigt [1]. Das bereits läßt den Schluß zu, daß die akzessorische Natur der einfachen wie der solidarischen Bürgschaft unterstrichen werden sollte, da den Sicherungszweck der Bürgschaft hervorkehrende gesetzliche Regelungen, wie sie das deutsche Recht kennt, vollständig fehlen.

Rechtsprechung und Literatur sind dem Gesetzestext in einem nahezu ausschließlichen Sinne gefolgt, ohne sich, mit einer Ausnahme [2], zu fragen, ob vielleicht der in Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 enthaltene Gedanke, in Verbindung mit einer entsprechenden Auslegung des Art. 2036 Abs. 2 C. civ., eine Einschränkung der Abhängigkeitsregel rechtfertigten. Während der einfache Bürge gemäß Art. 2036 Abs. 1 C. civ. alle Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen berechtigt ist, es sei denn, sie beruhten auf der Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners oder sind nach Art. 49 des Gesetzes vom 13. 7. 1967 versagt, wurde der solidarische Bürge von der Rechtsprechung [3] in seinen Beziehungen zum Gläubiger dem Gesamtschuldner angeglichen, ohne sich mit der entgegenstehenden Gesetzgebung [4] auseinanderzusetzen. Dies erübrigte die Frage nach dem Umfang des Sicherungszwecks der solidarischen Bürgschaft. Die h. M. der Literatur [5] verstand zwar die solidarische wie die einfache Bürgschaft als akzessorische Verpflichtung, folgte aber bezüglich des délai de grâce kritiklos der Rechtsprechung und versagte dem solidarischen Bür-

1) vgl. 2. Teil, A IV 1 b.
2) Roubier in Anm. zu Req. S. 1939,1,161.
3) Req. S. 1939,1,161.
4) vgl. 2. Teil, A IV 1 b cc).
5) statt vieler Planiol-Ripert XI, Nr. 1539.

gen aus den gleichen Gründen die Berufung auf diese Einrede [1]. In eine Auseinandersetzung mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Sicherungszweck der Abhängigkeit vorgeht, brauchte somit weder hinsichtlich der einfachen noch der solidarischen Bürgschaft eingetreten zu werden.

Demgegenüber hat man sich auf deutscher Seite mit diesem Problemkreis lebhaft beschäftigt. Der Gesetzgeber selbst hat verschiedene Regelungen geschaffen [2], die, angefangen mit § 193 Satz 2 KO, den in § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB enthaltenen Grundsatz der Abhängigkeit eingeschränkt und hinter den Sicherungszweck der Bürgschaft zurücktreten lassen haben. Umgekehrt sind Gesetzesbestimmungen ergangen [3], die die in § 767 BGB niedergelegte Abhängigkeit der Bürgschaft bestätigt haben. Davon ausgehend hat es nicht an Versuchen gefehlt, zu einer entsprechenden Lösung der einleitend gestellten Frage nach dem Umfang des Sicherungszwecks der Bürgschaft zu gelangen.

Ein Teil der Literatur [4] wie bisweilen der Rechtsprechung [5] hat dabei die Abhängigkeit der Bürgschaft als streng durchzuführenden Grundsatz verstanden. Die vom Gesetzgeber geschaffenen gesetzlichen Einschränkungen der Abhängigkeit werden zwar anerkannt oder hingenommen, im übrigen beruft man sich aber auf die Vorschrift des § 767 BGB. Sie soll stets dann gelten, wenn nicht eine Sonderregelung eine andere Entscheidung aufzwingt. Damit schien andererseits genügend Gewähr geboten, die Bürgschaft vom Garantievertrag zu unterscheiden.

Im Anschluß an die bisher ergangene Gesetzgebung und Rechtsprechung wird man aber sagen können, daß die Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld nur die Regel sein soll [6]. Auch im Rahmen der §§ 765 ff. BGB darf der Satz des RG [7] herangezogen werden, den es einmal in anderem Zusammenhang ausgesprochen hat: "Es gibt keine Gesetzgebung, die das ganze Leben förmlich einspannt. Jeder Tag lehrt aufs Neue, daß das Leben sich nicht in eine Form einspannen läßt. Deshalb muß immer wieder dort, wo das Gesetz versagt, der Richter ergänzend eingreifen als Rechtsschöpfer.... Die Bestimmung des Vertrags und das dafür geltende Recht beruhen auf vergangenen Verhältnis-

---

1) Planiol-Ripert, a.a.O.
2) vgl. 2. Teil, A IV 2a).
3) vgl. 2. Teil, A IV 1a).
4) vgl. 2. Teil, C I 1.
5) BGHZ 6, 385 ff.
6) BGHZ 6, 390.
7) RGZ 104, 394, ähnlich Klingsmüller, S. 178;
vgl. dazu auch Larenz, Verhandlungen des 40. DJT, B 34.

sen und damaligen Anschauungen. Die Gesetzgeber des BGB haben nicht im entferntesten eine Ahnung von der in den letzten Jahren erfolgten Umwälzung gehabt."

Mit Rechtsprechung [1] und Literatur [2] ist daher, unter Berücksichtigung der Sondergesetzgebung, insbesondere der §§ 193 Satz 2 KO, 8 SchuldBerG und 5 Abs. 2 RembG, der Sicherungszweck als eine Erfüllungssicherung zu begreifen, die nicht nur dann wirksam werden soll, wenn der Hauptschuldner zahlungsschwach geworden ist, sondern auch dann, wenn in die Hauptschuld auf Grund einer allgemeinen Notlage eingegriffen wird, der Eingriff aber von der individuellen Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners abhängt. Beruht dagegen der Eingriff in das Hauptschuldverhältnis auf einer allgemeinen Notlage und erfolgt ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Situation des einzelnen Schuldners, entfällt mit der Verpflichtung des Hauptschuldners auch die des Bürgen. Der Grundsatz der Abhängigkeit geht hier wieder vor.

Ein so verstandener Sicherungszweck bietet gleichzeitig die Möglichkeit, die Bürgschaft vom Garantievertrag abzugrenzen. Der Garant kennt eine solche Beschränkung seiner Haftung nicht. Er hat für den Erfolg einzustehen, gleichgültig, ob der gesetzliche oder richterliche Eingriff auf die persönlichen Verhältnisse des Hauptschuldners abstellt oder nicht. Der Garant bleibt, im Gegensatz zum Bürgen [3], auch dann verpflichtet, wenn der Hauptschuldner aus Gründen wegfällt, die nicht in seiner Vermögensunzulänglichkeit gelegen haben, sondern in politischen Gründen zu suchen sind.

Das zuvor skizzierte Einstehenmüssen läßt sich an drei in der Arbeit behandelten Beispielen, dem Wegfall der Geschäftsgrundlage einerseits, § 82 BVFG andererseits und der in diesem Punkt umstritteneren Vertragshilfe verdeutlichen.

Ist die Geschäftsgrundlage weggefallen, ist nur ein einzelnes Schuldverhältnis davon betroffen. Die richterliche Anpassung an die neuen Verhältnisse resultiert auch nicht aus einer ganze Personengruppen heimsuchenden Notlage, sondern bezieht sich auf den individuellen, vermögensunzulänglich gewordenen Schuldner. Bei ihm allein wird, liegen die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor, die Verbindlichkeit entsprechend korrigiert. Dürfte der Bürge aus der Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners Nutzen ziehen und die

---

1) RGZ JW 1927, 1835; RG 134, 126; BGH LM Nr. 2 zu § 767 BGB und KG NJW 1956, 1481.

2) Jauernig, NJW 1953, 1207; BGB-RGRK-Fischer, Anm. 12 zu § 767 BGB und Soergel-Schmidt, Anm. 6 zu § 767 BGB.

3) RGZ 148, 67 und 153, 343.

Veränderungen der Hauptschuld dem Gläubiger entgegenhalten, führte dies zu einem sachwidrigen Ergebnis. Der Bürge hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit einzustehen. Der Sicherungszweck der Bürgschaft muß gerade dann verwirklicht werden, wenn die Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners zur Kürzung der Hauptverbindlichkeit geführt hat [1].

Umgekehrt zielt der Gesetzgeber im BVFG auf eine ganze Kategorie von Schuldnern ab. Die Vorschrift des § 82 BVFG stellt nicht auf die persönlichen Verhältnisse der einzelnen Vertriebenen und Flüchtlinge ab, sondern läßt jeden Schuldner, ob leistungsfähig geworden oder nicht, der gesetzlichen Regelung teilhaftig werden. Der Eingriff ist allgemeiner Natur, da Ausgangspunkt eine allgemeine Notlage, die Vertreibung, gewesen und ohne Rücksicht auf die wirtschaftliche Situation des jeweiligen Schuldners vorgenommen worden ist. Die Vertreibung und die mit ihr häufig verbundene Enteignung konnte bei Abschluß des Bürgschaftsvertrags nicht vorausgesehen werden. Ein solcher staatlicher Zwangseingriff dürfte außerhalb der Vorstellungskraft der Parteien gelegen haben. Wie sich der Bürge daher auf den Wegfall der Hauptschuld berufen darf, ist die Rechtspersönlichkeit des Hauptschuldners aus politischen Gründen untergegangen [2], muß er, da ein solcher Geschehensablauf nicht mehr vom Bürgschaftsrisiko gedeckt wird, dem Gläubiger den gesetzgeberischen Eingriff entgegenhalten können. Werden nach dieser Bestimmung die Schulden der Vertriebenen und Flüchtlinge zu unvollkommenen Verbindlichkeiten, nimmt auch die Verpflichtung des Bürgen eine entsprechende Gestalt an [3]. Der Bürge sicherte sonst nicht mehr die Erfüllung der Forderung, sondern haftete, wie der Garant, für den unbedingten Erfolg [4].

Erheblich umstritten ist dagegen die Frage, ob der Bürge die im Rahmen des VHG erfolgte Herabsetzung der Hauptschuld dem Gläubiger gegenüber gegenüber geltend machen darf. Es ist zuzugeben, daß die auf dem VHG basierende Vertragshilfe ein Ergebnis des Kriegs und seiner Auswirkungen, insbesondere der

---

1) BGH LM Nr. 2 zu § 767 BGB; BGB-RGRK-Fischer, Anm. 4 und 14 zu § 767 BGB; Enneccerus-Lehmann, § 192 III c.
a.A. Staudinger-Brändl, Rziff. 3 zu § 768 BGB.

2) RGZ 148, 67 und 153, 343.

3) KG NJW 1956, 1481 und Staudinger-Brändl, Vbem. 50 zu § 765 BGB.
a.A. Soergel-Schmidt, Anm. 8 zu § 767 BGB und BGB-RGRK-Fischer, Anm. 15 zu § 767 BGB.
Ist dagegen der Hauptschuldner wegen Vermögenslosigkeit weggefallen, bleibt der Bürge verpflichtet, BGH BB 1956, 830 und KG WM 1958, 1345.

4) KG WM 1958, 1345.

Währungsreform ist. Die Schuldner sahen sich besonders harten, ihre wirtschaftliche Existenz bedrohenden Belastungen ausgesetzt, so daß sich der Gesetzgeber zum Eingreifen genötigt sah.

Andererseits ist jeder Vertragshilferegelung eine die wirtschaftlichen Verhältnisse in Mitleidenschaft ziehende Krise vorausgegangen. Sie hat verschiedene Personenkreise mehr als andere getroffen und das helfende Eingreifen des Gesetzgebers veranlaßt. Dabei hat aber der Gesetzgeber, was insbesondere für das VHG gilt, den Eingriff von der Leistungsfähigkeit des einzelnen Schuldners abhängig gemacht. Die Vertragshilfe sollte nur derjenige in Anspruch nehmen dürfen, dessen wirtschaftliche Existenz gefährdet schien. Der Gesetzgeber hat also auf den leistungsschwach gewordenen Schuldner abgestellt.

Die Bürgschaft würde ihren Zweck, die Erfüllung der Förderung zu sichern, verlieren, sollte der Bürge gerade dann befreit werden, wenn die Hauptschuld auf Grund des vermögenslos gewordenen Hauptschuldners im Wege der Vertragshilfe verkürzt worden ist [1]). Wäre Voraussetzung, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse immer gleich bleiben, der Bürge also nur dann einzustehen hat, wenn sich die Verhältnisse geändert haben, müßte er nicht nur im Rahmen der Vertragshilfe, sondern auch im Zusammenhang mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage von seiner Verpflichtung befreit werden. Seine Einstandspflicht hat sich hingegen stets dann zu erweisen, wenn der Hauptschuldner, sei es auch als Folge einer nicht nur ihn treffenden wirtschaftlichen Krise, vermögensunzulänglich geworden ist. Macht daher der Gesetzgeber seinen Eingriff von den persönlichen Verhältnissen des Hauptschuldners abhängig, muß sich die Sicherungsfunktion der Bürgschaft auch in diesem Fall individueller Leistungsunfähigkeit durchsetzen [2]).

Der so verstandene Zweck der Bürgschaft ist geeignet, den Bedürfnissen eines Sicherungsinstituts Rechnung zu tragen, gleichzeitig aber das von der Bürgschaft zu deckende Risiko nicht unbegrenzt auszudehnen. Die Grenze zum Garantievertrag bleibt gewahrt, da der Bürge nur dann einzustehen hat, wenn der Schuld-

---

1) OLG Stuttgart HEZ 1, 96 und OLG Schleswig, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1950, 261.

2) Palandt-Thomas, Anm. 2a zu § 768 BGB; BGB-RGRK-Fischer, Anm. 15 zu § 767 BGB; Soergel-Schmidt, Anm. 7 zu § 767 BGB und Larenz II, § 58 I, S. 323.
a.A. BGHZ 6, 385 ff.; Staudinger-Brändl, Vbem. 49 zu § 765 BGB und Esser II, § 87 III 2.
BGH NJW 1963, 1617 läßt es dahingestellt, ob dieser Entscheidung zu folgen ist.

ner nicht mehr leisten kann oder auf Grund gesetzlichen oder richterlichen Eingriffs nicht mehr zu leisten braucht, beruhe sein Nichtleistenkönnen auch auf einer allgemeinen Notlage.

LEBENSLAUF

Ich bin am 8. Juni 1938 in Nellingen, Kreis Esslingen geboren. Nach dem Abitur studierte ich von 1957 bis 1960 in Tübingen und München Rechtswissenschaft. Während der Referendarzeit war ich 1962/63 als Student am Europa-Institut der Universität des Saarlandes eingeschrieben, wo ich 1964 als Assistent arbeitete. Nach dem zweiten Staatsexamen ging ich 1966 aufgrund eines Stipendiums nach Aix-En-Provence. An der dortigen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät war ich dann 1966/67 als Lektor tätig. 1968/69 studierte ich an der Universität Berkeley in Kalifornien und erwarb den Grad eines Masters of Law. Seit Frühjahr 1970 arbeite ich in der Finanzverwaltung von Baden-Württemberg.